التوضيح

لمن رام المجموع بنظر صحيح

الجزء السادس

جميع الحقوق محفوظة
للناشر

الطبعة الأولى
١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م

رقم الإيداع : ٢١١٩٢ /٢٠١٣

الترقيم الدولى : 978-977

الناشر
مركز ابن العطار للتراث
ت ٢٤٠٥٢٦٠٠

من نوادر التراث الإسلامي

التوضيح

لمن رام المجموع بنظر صحيح

للعلامة الشيخ

عبد الحافظ ابن علي الصعيدي المالكي الأزهري

المتوفى سنة ١٣٠٣هـ

تحقيق وتعليق ودراسة

الشيخ درويش فرج العطار

من علماء الأزهر الشريف

الجزء السادس

الناشر

مركز ابن العطار للتراث

ت / ٢٤٠٥٢٦٠٠

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

[وصل في الكلام على أركان الطلاق وشروطه]

ولما أنهى الكلام على تقسيم الطلاق إلى سني وبدعي، وبعوض أو بغيره، شرع يتكلم على أركانه وشروطه فقال:

● **ص:**

وصل.

● **ش:**

في الكلام على أركان الطلاق وشروطه، ولكن لم يعبر بعنوان ذلك، وأركانه على ما يؤخذ منه كلامه أربعة:

الأول: أهل. والمراد به موقع الطلاق من زوج أو نائبه، أو وليه إن كان صغيرًا، ولا يرد الفضولي لأن موقعه في الحقيقة هو الزوج بدليل أن العدة من يوم الإجازة لا الإيقاع، فلو كانت حاملًا ووضعت قبل الإجازة استأنفت العدة.

وشروط الأهل: الإسلام، والبلوغ، والعقل، وهذا الركن مع شروطه يؤخذ من قوله: وإنما يصح طلاق مسلم... إلخ.

الثاني: القصد، أي قصد النطق باللفظ الصريح، أو الكناية الظاهرة، ولو لم يقصد حل العصمة بدليل قوله: وهزله جد.

وأما الكناية الخفية فلا بد فيها من قصد حل العصمة، وأما إذا سبق لسانه في الصريح أو الكناية الظاهرة أو لم يقصد حلها في الخفية فلا يقع بذلك طلاق، وهذا الركن يؤخذ من قوله: وصدق في الفتيا أنه سابق لسانه. فإنه يعلم منه أنه لا بد من القصد.

الثالث: المحل، وهو العصمة المملوكة تحقيقًا أو تقديرًا، وهذا يؤخذ من قوله: ومحله مالك ملك.

الرابع: اللفظ الصريح، أو الكناية الظاهرة، أو الخفية، أو ما يقوم مقامه كالإشارة والكتابة لا مجرد نية ولا يعقل إلا لعرف، فالمراد باللفظ ما دل على حل العصمة سواء كانت الدلالة وصفية كما فيه لفظ الطاء واللام والقاف، أو عرفية كالكنايات، وهذا الركن هو ما أشار له بقوله الآتي: ولفظه الصريح... إلخ.

والمراد بالركن ما تحقق به الماهية، وإن لم يكن داخلًا فيها.

وبدأ بالركن الأول بشروطه، فقال:

● ص:

إنما يصح طلاق المسلم المكلف.

● ش:

يعني: أنه لا يصح إلا طلاق الزوج المسلم المكلف ولو سفيهًا، فشرطه صحة الإسلام، والبلوغ، والعقل، والطوع؛ لأن المكره ليس بمكلف، فلا يصح الطلاق من كافر حال كفره ولو ثلاثًا، فإذا لم يبينها عنه وأسلم لقر عليها ولو أسلمت قبله، ثم أسلم في عدتها، فإذا ترافعوا إلينا فيأتي فيه الخلاف السابق في قوله: وفي لزوم الثلاث لذمي... إلخ

ولا يرد طلاق المرتد فإنه بحكم الشرع لا بإيقاعه، وكذا لا يصح من صبي ولو راهق، ووقوعه عليه إذا ارتد بحكم الشرع؛ لأنه هو الموقع له ولا من مجنون ولو غير مطبق إذا طلق حال جنونه، ولا من مغمى عليه، ولا من سكران بحلال؛ لأن حكمه حكم المجنون، ولا من مكره كما يأتي.

وبجعلنا المسلم صفة لزوج خرجت الزوجة وغيرها من الإناث؛ لأن الأنثى من حيث هي أنثى لا يصح منها الطلاق إلا إذا كانت مملكة أو مجبرة أو وكيلة كما يأتي.

● ص:

وإن سكر حرامًا.

● ش:

هذه مبالغة في لزوم الطلاق للمسلم المكلف، إذ سكره بالحرام لا يخرجه عن

التكليف، يعني: أن المكلف يلزمه طلاقه إذا لم يسكر أصلًا، بل ولو سكر سكرًا حرامًا بأن أدخله على نفسه عالمًا به أو ظانًا له، فإذا شرب خمرًا، أو نبيذًا، أو بوزة، أو أكل أفيونًا أو حشيشة ـ عند من يرى إسكارها ـ عمدًا مختارًا وطلق، لزمه طلاقه، سواء ميز أو لا على الراجح مما في الأصل؛ لأنه أدخل السكر على نفسه. وقيل: إن ميز وإلا فهو كالمجنون، وأما السكران بحلال بأن شرب مسكرًا لم يعلمه كظنه لبنًا فكالمجنون لا يلزمه طلاق ولا حد قذف، ويصدق في ظنه إن لم يتهم في دينه.

ثم شبه في الصحة التي ترتب عليها اللزوم فقال:

● ص:

كجناياته وحدوده.

● ش:

أي: وكذا يلزم السكران بحرام جناياته على نفس أو مال وكذا تلزمه الحدود التي فعل موجبها كشرب أو قذف أو زنا أو ردة أو حرابة، ونحو ذلك، وإنما لزمته الجنايات والحدود لئلا يتساكر الناس ويجنون على نفس أو مال أو يفعلون ما يوجب الحدود.

كذا يلزمه عتقه، بخلاف إقراره بأنه فعل كذا أو في ذمته كذا، فلا يلزمه، وبخلاف عقوده من بيع أو شراء أو إجارة أو نكاح فلا تلزم ولا تصح، وإنما لم تلزمه العقود والإقرارات لئلا يسلط الناس على أموال السكارى.

ومحصل القول في السكران لزوم الجنايات والحدود والعتق والطلاق ميز أم لا، دون الإقرارات والعقود فلا تلزمه ميز أم لا على أرجح الأقوال.

● ص:

وصح توكيل صبي أو امرأة.

● ش:

توكيل صبي من إضافة المصدر لمفعوله، يعني: أنه يصح أن توكيل الزوج على طلاق زوجته صبيًا أو امرأة أو كافرًا حرًا أو عبدًا، فإذا وكل واحدًا من هؤلاء فطلق بالوكالة عنه لزمه الطلاق لأنه الموقع في الحقيقة.

وشبه في الصحة قوله:

• ص:

كفضوله.

• ش:

قوله: كفضوله، أي الصبي أو المرأة وكذا الكافر، أي أن فضول الصبي، أي تعديه أو تعدي المرأة أو الكافر على الطلاق بلا إذن الزوج صحيح يقع به الطلاق لأن العبرة بإذن الزوج بعد.

وبعبارة: طلاق الفضولي ولو صبيًا أو امرأة أو كافرًا ويتوقف على إجازة الزوج، فإن أجازه وإلا لم يقع، والعدة من يوم الإجازة كما مر، ولا يجبر على الرجعة إن أجازه بعد الحيض والغسل منه، وكذلك بيع الفضولي صحيح متوقف على الإجازة، ولم يقل «المص»: وطلاق الفضولي كبيعه، مثل ما فعل الأصل لأنهم قالوا: طلاق الفضولي ينبغي أن يتفق على عدم جواز الإقدام عليه بخلاف البيع ففيه خلاف؛ لأن الناس يطلبون الأرباح في السلع لا في النساء، فما يقع من العوام من الرجل منهم يطلق زوجة ابنه أو أخيه بلا إذنه حرام عليه.

• ص:

وهزله جد.

• ش:

يعني: أن هزل الطلاق جد، كالنكاح والرجعة والعتق، كما صرح به «المص» بكل في محله، ويدل لذلك خبر الترمذي: «ثلاثة هزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة»، وفي رواية أخرى: «والعتق»، ومعنى هزل الطلاق عدم قصد حل العصمة، وإنما يخاطبها به على سبيل المزاح والملاعبة، ووقوع الطلاق بالهزل إنما يتأتى الصريح والكناية الظاهرة، وقال «الش»: فبالجملة يكفي في صريح الطلاق مجرد قصد التلفظ ولا يشترط قصد حل العصمة. اهـ.

ولابد في قصد التلفظ أن يقصد توجيه الخطاب إليها فليس هذا من الطلاق بالنية مجردة ولا بالكلام النفسي.

وقولنا: ولا بد... إلخ، اندفع به ما قد يقال: يلزم على ذلك أن كل من قصد التلفظ بصريح الطلاق ولو لتعليم غيره وطلق عليه زوجته وهذا لا يصح.

وحاصل الجواب: أنه لا يقع الطلاق إلا إذا قصد التلفظ مع قصد توجيه الخطاب إليها، ومثل قصد الخطاب قصد توجيه الكلام إليها في غيبتها، نحو: هي طالق، أو فلانة طالق.

● ص:

وصدق في الفتوى إن لسانه سبق.

● ش:

يعني: أن من تلفظ بالطلاق الصريح أو الكناية الظاهرة ثم ادعى أنه أراد أن يتكلم بغير الطلاق فالتفت لسانه فتكلم بالطلاق، فإنه يصدق في الفتيا، ويلزمه الطلاق في القضاء، إلا إذا قامت قرينة فإنه لا يصدق حتى في القضاء، فالمراد سبق اللسان الذلل والالتفات.

● ص:

أو قصد المدعوة إن قال: يا حفصة فأجابت عمرة، فطلق.

● ش:

عطف على معمول «إن» المتقدم وهو لسانه، أي وصدق أيضًا في الفتوى إن ادعى أن المدعوة وهي حفصة، يعني: أن من له زوجتان حفصة وعمرة، فقال: يا حفصة؛ يريد طلاقها فأجابته عمرة، تظن أنه طالب حاجة فطلق، أي قال لها: أنت طالق يظنها حفصة، فقيل له: قد طلقت عمرة، فقال: إنما قصد بالطلاق المدعوة، وهي حفصة، فإنه يصدق في الفتوى فتطلق عليه حفصة دون عمرة، وأما في القضاء فيطلقان معًا، واحدة بالقصد، والثانية بالخطاب، أي تطلق المدعوة وهي حفصة بالقصد وتطلق المجيبة وهي عمرة بالخطاب.

فتحصل أن حفصة تطلق مطلقًا في الفتوى والقضاء، وعمرة تطلق في القضاء لا في الفتوى.

وقولنا: تطلق الثانية بالخطاب، أي بسبب جريان الخطاب لها في الخارج بالفعل

وإن لم يقصده.

وفي «عج» لو قال لأجنبية: إن وطئتك فأنت طالق ظانًا أنها زوجته فلا شيء عليه في زوجته. وربما عكر ذلك على ما هنا إلا أن تقييد كلام «عج» بعدم النداء وعدم ذكر اسم الزوجة العلم.

فمحصل الجواب: أن المدعوة هنا أقوىٰ في ارتباط الحكم بها من المظنونة في فرع «عج»، ويحتمل أنها لا تطلق في فرع «عج» ولو ناداها باسم زوجته اعتبارًا بأنه إنما نادىٰ هذه الذات الواحدة، وهي أجنبية في الواقع بخلاف ما نحن فيه فزوجتان.

تنبيه:

من المسائل الحسان التي في «عج»: من قال: عليه الطلاق من ذراعه؛ لا شيء عليه إلا أن يريد الزوجة، إلا أن الناس إنما يريدون بذلك تطليق كسب أيديهم، أي تحريمه عليهم.

وأما: أنت طالق من ذراعي؛ فأخذ بعض الأشياخ من عدم لزوم طلاق الصبي عدم اللزوم في هذا، وفيه نظر فإن الذراع لم يطلق والصواب تكميل الطلاق عليه نظير إيقاع الطلاق على جزء المرأة فإن الزوج جعل الطلاق من جزئه موردًا على المرأة فليس هذا مثل: عليَّ الطلاق من ذراعي؛ لأنه هناك طلق الذراع، وهنا طلق زوجته من ذراعه. أفاده «حش».

● **ص:**

أو قصد النداء فيمن اسمها طارق بالراء في القضاء إن كان الاسم باللام.

● **ش:**

عطف على ما سبق أيضًا، أي: وصدق في الفتوىٰ أنه قصد النداء لا الطلاق فيمن اسمها طارق بالراء، حيث أتىٰ بياء النداء، أو قامت قرينة على حذفها، وإلا لم يصدق، يعني: أن من كان اسم زوجته طارق بالراء فأراد أن يناديها بيا طارق فالتفت لسانه، أي التوىٰ عن مقصوده، فقال: يا طالق، وقال: أنا قصدت النداء فالتفت لساني، فإنه يصدق في القضاء أيضًا.

شبَّه في تصديقه في القضاء قوله:

● ص:

كأن خرف لمرض.

● ش:

خرف بالخاء المعجمة وتشديد الراء من التخريف، وهو الهذيان في المرض الخارج عن قانون العقلاء، يعني: أن المريض إذا خرف في مرضه وأتى بالكلام الساقط الذي لا تقصده العقلاء فطلق زوجته في حال تخريفه، ثم أفاق فأنكر، وقال: لم أشعر بشيء وقع مني؛ فإنه لا شيء عليه في الفتوى ولا في القضاء التحاقًا له بالمجنون.

قال مالك: ويحلف أنه ما شعر بشيء وقع مني، فإذا شهرت بينة بصحة عقله تشهد بينة بصحة عقله لقرينة فإنه يلزمه الطلاق، وأما إذا قال: وقع مني شيء ولم أعقله فيلزمه الطلاق لأن شعوره بوقوع شيء منه دليل على أنه عقله. قاله ابن ناجي، وسلموه له.

قال «دك»: وفيه نظر إذ كثيرًا ما يتخيل المريض خيالات فيتكلم على مقتضاها بكلام خارج عن كلام العقلاء، فإذا أفاق استقر أصله وأخبر عن المخيلات الوهمية كالنائم.

● ص:

أو لقن بلا فهم.

● ش:

عطف على مدخول الكاف المشبه بما قبله في التصديق وعدم اللزوم؛ يعني: أن من لفت لفظ الطلاق بالعجمية فأوقعه بلا فهم منه لمعناه أو لقن بالعربية فأوقعه بلا فهم منه لمعناه فإنه لا يلزمه لا في الفتوى ولا في القضاء لعدم القصد الذي هو ركن في الطلاق فإن فهم لزمه اتفاقًا. فقوله: أو لقن بلا فهم صادق بتلقين الأمي والعربي والمدار على عدم فهم الطلاق.

ثم عطف على ما سبق أيضًا قوله:

● ص:

أو أكره ولو ترك التورية.

● ش:

يعني: أنه إذا أكره على الطلاق فإنه لا يلزمه شيء في الفتوى ولا في القضاء لخبر مسلم: «لا طلاق في إغلاق»، أي إكراه، بل لو أُكره على واحدة فأوقع أكثر فلا شيء عليه؛ لأن المكره لا يملك نفسه كالمجنون، وهذا إن لم يقصد بطلاقه حل العصمة باطنًا وإلا وقع عليه، والمكره لا يلزمه طلاق ولو ترك التورية مع معرفتها على الراجح خلافًا لما في الأصل.

والتورية هي الإتيان بلفظ فيه إيهام على السامع كقوله: جوزتي طالق، يريد جوزة حلقه ليس فيها شيء، بل سالكة له معنيان، قريب وبعيد ويريد البعيد، كأن يقول هي طالق، ويريد من وثاق أو وجعة بالطلق وهو المخاض، ومعنى طالق القريب إبانة العصمة.

وكما لا يقع الطلاق بالإكراه على إيقاعه كذلك لا يقع بالإكراه على ما علق عليه فإذا حلف لا أدخل هذه الدار فأكره على دخولها أو حمل كرهًا وأدخل فيها فلا يقع عليه الطلاق، وسمع عيسى ابن القاسم من حلف: لا خرجت امرأته من هذه الدار إلى رأس الحول، فأخرجها ما لا بد منه كرب الدار أو سيل، أو هدم، أو خوف، لا حنث عليه ويمينه حيث انتقلت باقية. ابن رشد: اتفاقًا. اهـ.

والحاصل أنه كما لا يلزم طلاق المكره في القول كذلك لا يلزمه طلاقه في الفعل، فإذا حلف: لا أدخل أو لا آكل، أو لا أشرب هذا الشيء فأكره على الدخول أو الأكل أو الشرب فإنه لا يلزمه شيء خلافًا لابن حبيب القائل بالحنث في الإكراه الفعلي.

واعلم أن الإكراه إما شرعي وإما غيره، ومذهب المدونة الذي به الفتوى أن الإكراه الشرعي طوع يقع به الطلاق جزمًا خلافًا للمغيرة، كما لو حلف بالطلاق لا خرجت زوجته فأخرجها قاض في خصومة لتحلف عند المنبر، وكما لو حلف بالطلاق أو غيره في نصف عبد يملكه لا باعه فأعتق شريكه نصفه فقوّم علي

نصيب الحالف وكمل به عتق الشريك أو حلف لا اشتراه فأعتق الحالف نصيبه فقوم عليه نصيب شريكه لتكميل عتقهم فإنه يلزمه الطلاق على المذهب، والأصل رحمه الله مشى على مذهب المغيرة مع أنه خلاف المذهب.

واعلم أيضًا أن عدم لزوم الطلاق بالإكراه مقيد بقيود لا بد منها:

الأول: أن تكون الصيغة صيغة بر، كما لو حلف لا أدخل الدار، فأكره على دخولها، وأما إذا كانت صيغة حنث، نحو: إن لم أدخل الدار فهي طالق، فأكره على عدم الدخول، فإنه لا يحنث بالإكراه لأنها منعقدة على حنث.

الثاني: أن لا يأمر الحالف غيره أن يكرهه، وإلا حنث.

الثالث: أن لا يعلم أنه سيكره فإن علم بذلك حنث.

الرابع: أن يقول في يمينه: لا أدخلها طوعًا ولا كرهًا.

الخامس: أن لا يفعله طوعًا بعد زوال الإكراه، حيث كانت يمينه غير مقيدة بأجل، أما إذا كانت مقيدة بأجل وانقضى فلا يضر الفعل بعد انقضائه.

السادس: أن لا يكون الإكراه شرعًا وإلا حنث، كما تقدم.

ثم بيَّن ما به الإكراه بقوله:

● **ص:**

بما يشينه أو يؤذيه كضرب كثير أو يسير لشريف بملأ، أو مال كثر.

● **ش:**

قوله: بما يشينه متعلق بإكراه، أي أو أكره بما يشينه، أي: يعيبه، كقطع عضو، أو جرح، وأولى القتل.

وقوله: أو يؤذيه. عطف على يشينه، ومثَّل للمؤذي بالضرب وما بعده، ويكفي في الإكراه خوف هذه الأمور، أي غلبة الظن بوقوعها فلا يشرط في الإكراه تيقنها ولا وقوعها بالفعل، ولذا قال «خ»: ويظهر من كلامهم أنه يشرط في الإكراه كون الخوف يقع ناجزًا وعلى هذا فلو قال له: إن لم تطلق زوجتك فعلت كذا بك بعد شهر، وحصل الخوف بذلك كان إكراهًا.

يعني: أن الإكراه الذي لا حنث به يحصل بخوف حصول شيء يشينه من قتل أو

جرح أو حصول شيء يؤذيه كضرب كثير في ملأ، أي: جمع من الناس، فاليسير وإن لم يؤلم لكنه عند ذوي المروءات أمر فظيع، فإذا خاف شريف، أي: صاحب مروءة من صفع بكف على قفاه في ملأ من الناس كان ذلك بالنسبة إليه إكراهًا، فإن كان بخلوة أو كان الزوج من غير أهل المروءات لم يكن اليسير في حقه إكراهًا.

والحاصل: أن الكثير إكراه للشريف والوضيع، وأما اليسير كالصفع بالكف على القفا فإن كان بخلوة فليس إكراهًا للشريف ولا للوضيع، وإن كان بملأ من الناس افترق الشريف والوضيع فيكون إكراهًا للشريف لا للوضيع، والمراد بالكثير ما يحصل من التهديد به الخوف لذي المروءة وغيره في الملأ والخلاء، واليسير ما يحصل بالتهديد به الخوف لذوي المروءة في الملأ، وكذا يحصل الإكراه بخوف سجن، أو قيد ظلمًا ولم يطلق.

وقوله: أو مال؛ عطف على ضربه، ويحتمل أنه عطف على ما في قوله: بما يشينه.

وكذا يحصل الإكراه بخوف أخذ ماله أو إتلافه إذا كثر المال بحسب مالكه على الأظهر؛ لأنه إن قل بالنسبة لمالكه فلا يكون إكراهًا، فالقلة والكثرة بالنسبة لحال الشخص، فقد يكون الكثير بالنسبة لشخص يسيرًا بالنسبة لشخص آخر، وبالعكس.

ومن الإكراه على المال أخذ العشار فالحلف له بطلاق أو غيره لا يلزم هذا ويحتمل أن قوله: كضرب؛ مثال لما يشينه، وقوله: أو مال؛ مثال لم يؤذيه.

ثم عطف على مال قوله:

• ص:

أو قتل ولده.

• ش:

أي: وكذا يحصل الإكراه بخوف قتل ولده إن لم يطلق، فإذا قال له: إن لم تطلق زوجتك قتلت ولدك؛ كان ذلك إكراهًا، والمراد بالولد ولو سفل، والظاهر أنه يشمل ولد البنت لأنه أشد من خوف الضرب. قاله «خ».

● ص:

وفي عقوبته وقتل الأدب قولان.

● ش:

الضمير في عقوبته للولد يعني: أن عقوبة الولد بضرب أو حبس، أو نحو ذلك فيها قولان، قيل: إنها إكراه للأب، وقيل: غير إكراه، والأظهر أنه إكراه، وقيل: إن كان بارًا بأبيه لا عاقًا له، وكذا قتل الأب فيه خلاف، فقيل: إكراه للابن، وقيل: ليس بإكراه، والأظهر أيضًا أنه إكراه، والأم كالأب.

● ص:

لا قتل أجنبي.

● ش:

المراد بالأجنبي ما يشمل الأخ والعم وغيرهما من الأقارب غير الوالدين والولد، فإذا قال الظالم: إن لم تطلق زوجتك قتلت أخاك أو عمك أو خالك، أو نحو ذلك، وطلق وقع عليه الطلاق، لأن قتل من ذُكر ليس بإكراه، ولكن يندب له الطلاق ليسلم الأجنبي من القتل، كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

وطلب الحنث له.

● ش:

أي: يطلب الحلف والحنث له، أي للأجنبي ليسلم ذلك الأجنبي من قتل الظالم بحلفه، يعني: أنه إذا قال له ظالم: إن لم تطلق زوجتك أو إن لم تحلف بالطلاق قتلت فلانًا فإنه يطلب منه الحنث ليسلم فلان ويحنث في يمينه ويثاب عليها.

وبعبارة: إذا قال ظالم لشخص: إن لم تأتيني بفلان أقتله وهو عندك وتعلم مكانه وأنت قادر على الإتيان به وإلا قتلت زيدًا مثلًا، فقال ذلك الشخص: إن فلانًا ليس عندي ولا أعلم موضعه ولا أنا قادر على الإتيان به، فأحلفه الظالم بالطلاق على ذلك والحال أن الحالف يعلم مكان فلانًا وقادر على الإتيان به لذلك الظالم، فإن الحالف لا يعذر بذلك ويحنث في يمينه ولو تحقق الحالف قتل زيد، وله

الثواب على الحلف كاذبًا.ومثل الأجنبي ماله.

وقول «المص»: وطلب... إلخ، هل طلب الحلف على سبيل الندب فقط فيخصص ما سبق من وجوب تخليص المتهلك أو على سبيل الوجوب وهو ما للقاني خلاف، وعلى كلا القولين فهو غموس يكفر إن كان اليمين بالله، ويثاب عليها الحالف، وإذا قلنا بطلب الحلف وجوبًا فهل يضمن أو لا؟ إذا لم يحلف نظروا في ذلك وهو آثم على هذا القول، وأما على الندب فلا إثم عليه ولا ضمان إن لم يحلف.

ولما قدم أن الطلاق لا يلزم بالإكراه شبه به سائر العقود في عدم اللزوم بالإكراه، فقال:

• ص:

وكذا جميع العقود.

• ش:

يعني: أن جميع العقود كالبيع والشراء والإجارة والكراء والنكاح والشركة والمساقاة كالطلاق لا تلزم بالإكراه، وكذا العتق لا يلزم بالإكراه، فإذا قال له: إن لم تبع أو تشتر أو تكثر كذا أو تتزوج بنتك أو تعتق عبدك أو تشاركني في كذا ضربتك أو قتلتك أو سجنتك، فعقد معه البيع أو الشراء أو الكراء أو النكاح أو الشركة أو العتق، فلا يلزم شيء من ذلك للإكراه، وكذا الإقرارات لا تلزم بالإكراه، فإذا قال له: إن لم تقر بأني لي بذمتك كذا أو سرقة كذا أو بجناية على كذا قتلتك أو ضربتك أو صفعتك على قفاك بملأ، فأقر له بدين أو سرقة أو جناية فلا يلزمه شيء من ذلك.

وكذا لا يلزم بالإكراه اليمين بالله أو بغيره، فإذا قال له: إن لم تحلف بالله أو بالطلاق أو بالمشي إلى مكة، أو بصوم العام، أو بعتق عبدك على أن لا تكلم زيدًا ولا تدخل داره أو داري، أو لتأتني بدراهم مثلًا، فلا يلزمه شيء بالكلام أو الدخول أو بعدم الإتيان بالدراهم؛ لأن أصل يمينه الإكراه.

تنبيه:

في «عج» و«عب»: لو أكره على طلاق واحد فزاد عليه واحدة أو اثنتين، أو عتق العبد أو عكس ذلك بأن أكره على عتق فطلق، فذلك منه لغو لا يلزم لتنزيله منزلة

المجنون. أفاده «الش»، لكن ذكره كالمتبري منه، ولذا قال في حاشية «عب»: وفي النفس من ذلك شيء، فإن بعض الحنفية يقولون بلزوم طلاق المكره، وقد قال «المص»: أي الأصل باللزوم إذا ترك التورية، وهذا شر من ترك التورية، ثم ربما يظهر هذا الكلام على القول الشاذ من أن طلاق الغضبان لا يلزم. اهـ.

«حش» وإذا أكره على طلاق زوجته فطلق أكثر، أو طلق الجميع، أو على طلاق حفصة فطلق عمرة، أو على عتق عبد فأعتق أكثر، فهل يلزمه ذلك؛ لأنه غير ما أكره عليه، أو لا يلزمه شيء من ذلك؛ لأنه في حال الإكراه كالمجنون؟

استظهر بعضهم الأول، واستظهر بعض آخر الثاني.

● **ص:**

وإن أجاز بعد الإكراه لزم.

● **ش:**

يعني: أن من أكره على طلاق أو عتق أو يمين أو إقرار أو عقد بيع أو شراء أو نحو ذلك، ثم بعد زوال الإكراه أجازه طائعًا فإنه يلزمه على القول الأحسن في الأصل نظرًا للطوع، وقيل: لا يلزم لأنه ألزم نفسه ما لا يلزمه، ولأن حكم الإكراه باق؛ لأن ما وقع فاسدًا لا يصح بعد، والمعتمد الأول ولا يدخل في ذلك النكاح، فإنه يفسخ اتفاقًا ولو أجازه بعد زوال الإكراه.

والحاصل: أن من أكره على عقد أو حل أو إقرار أو يمين لم يلزمه شيء، فإن أجاز غير النكاح طائعًا بعد زوال الإكراه فلا بد من فسخه ولا تفسخ إجازته.

تنبيه:

إذا أجاز الطلاق بعد الإكراه لزم كما سبق، والعدة وبقية أحكام الطلاق من يوم الطلاق لا من يوم الإجازة وليس كإجازة الفضولي تستأنف العدة من يوم الإجازة؛ لأن الزوج هنا أوقع طلاقًا يقول بعض العلماء كالحنفية بوقوعه عليه قبل الإجازة بخلاف فرع الفضولي فإنه لا قائل بلزوم طلاقه فاندفع بذلك بحث «عج».

ولما قدم المسائل التي يتحقق الإكراه فيها بغير القتل كالضرب والسجن وأخذ المال شرع يتكلم على المسائل التي لا يتحقق الإكراه فيها إلا بمعاينة القتل، فقال:

● ص:

ولا يجوز الكفر ولا سب الصحابة ولا قذف المسلم والزنا بطائعة لا مالك لبضعها إلا بالقتل والصبر أجمل.

● ش:

يعني: أنه لا يجوز للشخص الإقدام على الكفر بالله أو برسوله ظاهرًا إلا بخوف القتل ومعاينته، والصبر على القتل أجمل وأحب عند الله تعالى من الكفر، بمعنى أن الله تعالى يجازيه جزاء جزيلًا فوق ما تدركه العقول، وإنما قيدنا الكفر بالظاهر ليصح قوله: إلا بالقتل، وأما الباطن فلا يجوز الكفر فيه بحال.

وقوله: بالقتل. راجع للجمع، وكذا قوله والصبر أجمل.

ومن الكفر: إلقاء المصحف أو بعضه في قذر.

وكذا لا يجوز الإقدام على سب الصحابة ولو بغير القذف إلا بالقتل، والصبر على القتل أجمل من سبهم.

وأولى من اختُلف في نبوته، أو ملكيته، فلا يجوز سبه إلا بالقتل لا بغيره، ولو بقطع عضو، فإن فعل ارتد، وأما المسلم غير الصحابي فيجوز سبه بغير القتل، وأما قذفه فلا يجوز إلا بالقتل، وإن قذفه حُدَّ، والصبر أجمل، وكذا الزنا بامرأة طائعة لا مالك لبضعها من زوج أو سيد لا يجوز إلا بالقتل لا بغيره من قطع ونحوه، والصبر أجمل، وأما المكرهة أو التي لها زوج أو سيد فلا يجوز الزنا بها ولو أكره بالقتل.

وقوله: إلا بالقتل. ظاهره ولو كان المكره على الزنا بكرًا وكون حده الجلد بعد الوقوع والنزول لا يقتضي إباحة الإقدام ابتداءً بخوفه، قاله «حش».

ولما قدم هذه الأشياء تجوز بالقتل ولكن الصبر أجمل، شبه في الجواز وحسن الصبر قوله:

● ص:

كالمرأة لا تسد رمقها أو عيالها إلا بالزنا.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا لم تجد من القوت ما تسد به رمقها هي أو عيالها ولو من ميتة

أو خنزير إلا بالزنا ووصلت هي أو عيالها أو هما لحالة الموت فإنه يجوز لها أن تمكن نفسها من الزنا بمن يعطيها ما تسد به رمقها وتحفظ به حياتها هي وعيالها ولكن صبرها على الموت أجمل وأكثر ثوابًا عند الله تعالى، وأما الرجل إذا لم يجد ما يسد به رمقه إلا بالزنا بامرأة تعطيه ما يسد به رمقه فلا يجوز له ذلك نظرًا لانتشاره.

ثم شرع يذكر أمورًا لا تجوز أبدًا ولو بالقتل، فقال:

● ص:

لا لواط الذكر وقطع المعصوم والزنا بمكرهة أو مملوكة البضع.

● ش:

أي: أنه لا يجوز للذكر أن يمكن من نفسه من يلوط به ويعطيه ما يسد به رمقه ولو خشي الموت من الجوع؛ لأنه ليس محل للوطء بخلاف الأنثى فإنها محل للوطء في الجملة، وكذلك قطع يد المعصوم أو رجله أو أنملة منه فلا يجوز ولو بالقتل وأما إذا أكره بالقتل على قطع عضو نفسه فيباح له ارتكابًا لأخف الضررين، والمعصوم شامل للمسلم والذمي والحر أو العبد والذكر والأنثى، فإذا قيل له: إن لم تقطع أنملة فلان قتلناك سلم ورضي بالقتل ولا يقطع أنملة المعصوم، وإذا لم يجز القطع فأولى القتل؛ وكذا الزنا بمكرهة لا يجوز ولو بالقتل سواء كانت ذات زوج أو سيد أو لا.

وكذا لا يجوز الزنا بمملوكة البضع ولو بالقتل، ومملوكة البضع ذات الزوج والسيد سواء كانت طائعة أو مكرهة، وأما الإكراه على معصية لا حق فيها لمخلوق كأكل الميتة وشرب الخمر فيكون بغير القتل وألحق به بعضهم الزنا بطائعة لا زوج لها ولا سيد لأنها معصية لا حق فيها لمخلوق، وقد يفرق بأن الزنا أشد لما فيه من اختلاط الأنساب، ولذا كان الحد فيه أعظم، والقذف به لا يجوز إلا بالقتل. قاله «د ص».

وقول «الش»: ولو لسيدها؛ مبالغة في مملوكة البضع، أي لا يجوز الزنا بمملوكة البضع ولو لسيدها، فأولى مملوكة البضع لزوجها.

وقوله ـ أي «الش» ـ بعد ذلك: ولو بالقتل. راجع لقوله: لا لواط ذكر وما بعده، أي لا يجوز لوط الذكر وما بعد ولو بالقتل.

● ص:

والأحسن عدم لزوم اليمين على الطاعة بالإكراه.

● ش:

بالإكـراه متعلق بلزوم؛ يعني: أن مـن أكره على حلف يمـين بالله أو بغيره ليفعلن كذا من الطاعـات فلا يلزمه اليمين بالإكراه على الأحـسن كما إذا أكره على الحالف بالله أو بـالطلاق أو بالـمشي لمـكة وبصـوم العام أنه لا يـشرب الخمـر أو لا يغش المـسلمين أو لـيتصـدقن بـكذا ولـيصلين أول الـوقت، فـإذا شرب أو خـشي أو لم يتـصدق أو أخر الصلاة عن أول الوقت لم يلزمه شيء للإكراه، وقيل: يحنث ولا يعد مكرهًا.

وأما اليمين على غير الطـاعة من مباح أو خلاف الأولى، أو مكروه، أو محرم، فلا يلـزم بالإكراه قطعًا، فإذا أكـره على أن يحلف ليشربن الـخمر أو يقتلن النفس ونحو ذلك مـن المعاصي وحلف فلا يلـزمه شيء، سواء فعل أو تـرك، والترك واجب، وكذا إذا أكره علـى الحلف على مباح كما إذا أكرهه إنسان على الحلف على دخول الدار والذهـاب للسوق فلا يلزمه شيء فعل ذلك أو تـرك، وكذا نقول في المكروه وخلاف الأولى، فعلم من ذلك أن الظالم إذا أراد ضرب شخص أو حبسه إن لـم يحلف بالطلاق ليأتيـنه بكذا من الـدراهم في غدٍ مـثلًا فحلف المظلـوم بالطـلاق ليأتيـنه بكذا من الدراهم في الغد فلا يلزمه شيء وله عدم الدفع له إن أمكنه الهرب منه. والله أعلم.

ولما قدم من أركان الطلاق الأهل والقصد شرع في الكلام على الركن الثالث وهو المحل، فقال:

● ص:

ومحله ما ملك وإن تعليقًا كقوله عند خطبتها: هي طالق.

● ش:

«مـا» واقعة على عصـمة وذكر الضمير في مـلك نظرًا للفظ «ما» ولـو راعى معناها

لقال: ملكت. وقوله: وإن تعليقًا؛ مبالغة في ملك العصمة، أي عصمة مملوكة حقيقية قبل نفوذ الطلاق، وهي الحاصلة بالفعل بسبب العقد، بل وإن ملكت تعليقًا، أي ملكًا مقدر حصوله بالتعليق، فالمملوكة بالتعليق ملكها حكمي، يعني: أن شرطه المحل الذي يقع عليه الطلاق أن يكون مملوكًا للزوج قبل نفوذ الطلاق سواء كان ملكه حين التلفظ به ملكًا حقيقيًا كزوجته التي في عصمته، أو تعليقًا، أي حكميًا بسبب التعليق سواء كان التعليق بالنية كقوله لأجنبية: أنت طالق، ونوى إن تزوجها، أو: أنت طالق إن دخلت الدار، ونوى إن دخلتها بعد نكاحها، أو بالبساط كقوله عند خطبة امراة لما شدد عليه في الشروط: هي طالق، ولو لم ينو إن تزوجها لأن وقوع هذا الكلام عند الخطبة بساط يدل على التعليق مع فقد النية، ومثل قوله عند خطبتها ما إذا قال ذلك حين قال له: تتزوج فلانة، فقول «المص»: كقوله عند خطبتها مثال للتعليق بالبساط وهو التعليق الحكمي لأن الخطبة بساط وقرينة على المراد إن تزوجها ولم يمثل للتعليق بالنية لأنه أولى من التعليق بالبساط، وأولى منهما التعليق الفعلي وهو الصريح، كقوله لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، فمتى تزوجها وقع عليه الطلاق، والشافعية وكثير من العلماء ألغوا التعليق، فقالوا: لا بد من ملك العصمة بالنكاح بالفعل ولا يلزم الطلاق المعلق على النكاح، والحمد لله على خلاف العلماء فإنه رحمة للناس.

- **ص:**

وتطلق عقبه، وعليه النصف، وإن دخل فالمسمى فقط.

- **ش:**

تَطْلُق بفتح المثناة الفوقية وسكون الطاء وضم اللام، أي: يقع عليه الطلاق، وعقبه أي عقب النكاح الفصحى، وعقب بدون ياء على اللغة من غير احتياج لحكم حاكم، وقوله: وعليه النصف؛ أي إن لم يدخل فليس الطلاق قبل الدخول كالفسخ قبل الدخول لا شيء فيه، وقوله: وإن دخل فالمسمى فقط؛ أي خلاف لمن قال يلزمه مهر ونصف النصف بالعقد والمهر بالوطء ويدل لنا أن الوطء المستند لعقد صحيح لا يزيد على مهره شيئًا؛ أي لا يزيد الوطء على مهر العقد شيئًا يكمله فقط.

ولا يتكرر المسمى إذا وطء مرارًا إلا عالمًا بغير طائعة كما يأتي.

والمعنى: أنه إذا علق طلاق امرأة على تزويجه كقوله عند الخطبة: هي طالق، ونوى بعد تزوجها فإنها تطلق عقب العقد، وعلى الزوج نصف الصداق إن لم يدخل بها، فإن دخل بها لزمه المسمى فقط إن كان وإلا فصداق المثل ما لم تكن عالمة بوقوع الطلاق عليها عقب العقد وإلا كانت زانية لا شيء لها.

وأفهم قوله: المسمى؛ أن النكاح نكاح تسمية وإلا ففيه صداق المثل، ومثل ما ذكره «المص» التعليق بالنية كما إذا قال لامرأة أجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق، ونوى إن دخلتها بعد نكاحها، فإنه إذا عقد عليها ودخل الدار بعد العقد طلقت عليه بعد الدخول وعليه النصف إن لم يدخل، وجميع المسمى إن دخل.

وقوله: وتطلق عقبه؛ فيه جنوح لقول أشهب أن المطلق يقع بعد المعلق عليه وهو خلاف قول ابن القاسم السابق في الخلع، انظر «حش».

وقوله: وعليه النصف؛ أي في نكاح التسمية وإلا فلا شيء عليه كما في «خ».

واعلم أنه إذا كانت الصيغة تقتضي التكرار نحو كلما تزوجتها فهي طالق فإنه يتكرر عليه وقوع الطلاق عقب العقد ولزوم النصف إلا بعد ثلاث مرات قبل زوج وهي الرابعة، فإذا تزوجها ثلاث لزمه النصف في كل مرة، فإن عقد عليها بعد ذلك قبل أن تنكح زوجًا غيره لم يلزمه شيء لأن عقده حينئذٍ لم يصادف محلًا، فإن تزوجت غيره عاد الحنث ولزوم النصف إلى أن تنتهي العصمة، وهكذا؛ لأن العصمة لما لم تكن مملوكة بالفعل وإنما حلف على عصمة مستقبلة وهي عامة لزمه النصف في كل عصمة إن لم يدخل، فإن دخل فالمسمى بخلاف ما لو كان متزوجًا بها وحلف بأدوات تكرار فيختص بالعصمة المملوكة فقط وسيأتي ذلك.

ثم شبه في لزوم المسمى فقط بالبناء ولو وطئ مرارًا قوله:

• ص:

كواطئ بعد حنثه إلا عالمًا بغير طائعة فيتعدد.

• ش:

يعني: أن من علق طلاق زوجته على دخول دار مثلًا فدخلت الدار وأحنثه

فوطئها بعد الحنث بدخول الدار فليس عليه إلا المهر المسمى الذي نكحها به فقط، ولو وطئها مرارًا لاستناده للعقد الأول، إلا إذا وطئها عالمًا بالتعليق فيتعدد عليه بالتعليق أو الحنث أو الحكم أو معذورة بإغماء ونحوه بالحنث، أو عالمًا بالحكم وهو حرمة الوطء وهي غير طائعة بل مُكرهة أو جاهلة المهر فيتعدد عليه بالتعليق أو بتعدد الوطء إذا كان الطلاق بائنًا أو رجعيًا انقضت عدته.

أما إذا كان رجعيًا لم تنقض العدة فلا يتعدد عليه المهر بتعدد الوطء مطلقًا سواء كانا عالمين أو جاهلين أو أحدهما لأن الرجعية زوجة ما دامت في العدة.

وفسرنا غير الطائعة بالمكرهة والجاهلة لأنه لا طوع إلا مع العلم، أي لا يقال طائعة أو مكرهة إلا في العالمة، فالجاهلة كالمكرهة يتعدد فيها المهر بتعدد الوطء فلذا أدخلنا الجاهلة في غير الطاعة ومفهوم غير الطائعة أنها لو كانت فلا شيء لها بوطئه عالمًا إلا المهر الذي تزوجها به لأنها زانية.

والحاصل: أنه إذا لم يعلم هو فليس عليه إلا المسمى ولو وطئ مرارًا علمت هي أم لا، كانت طائعة أو مكرهة.

وإن علم تعدد عليه المسمى بتعدد الوطء بعد الحنث إن كانت هي غير عالمة أو كانت مكرهة وإلا فلا شيء لها إلا المسمى إن كان بعد الدخول، وإلا فلا شيء لها إلا نصف المسمى، وهذا التفصيل في البائن والرجعي الذي انقضت عدته، أما الرجعي الذي لم تنقض عدته فلا يتعدد لها فيه المهر مطلقًا كما مر.

ثم إن الاستثناء وهو قوله: إلا عالمًا... إلى آخره. راجع للمشبه والمشبه به كما في «خ» و«عب» كما أشرت له سابقًا في المسألة الأولى.

● **ص:**

وله نكاحها إلا أن ينوي التكرار إذ لا يختص في الأجنبية بعصمة.

● **ش:**

الضمير في نكاحها راجع لمن علق طلاقها على زوجها بلفظ أو بنية أو بساط، وهي التي قال عند خطبتها: هي طالق. فإذا نكحها خرج من اليمين ولا تعود عليه ثانيًا إن لم ينو التكرار، أي له نكاحها، أي العقد عليها ولو قال: هي طالق ثلاثًا.

وفائدة جواز العقد عليها مع أنه لا يترتب عليه المقصود من حل العقد عليها له أنها تحل له في المستقبل ولو بعد زوج حيث كان بالثلاث إلا أن ينوي التكرار ويصرح به.

والمعنى: أن من علق طلاق امرأة على نكاحها يجوز له نكاحها فيخرج من اليمين وتحل له بعقد آخر إلا أن ينوي في يمينه تكرار الحنث بتكرار العقد، وأنه كلما تزوجها فهي طالق، وأولى إن صرح بصيغة التكرار فلا يجوز له نكاحها إذ لا فائدة حينئذٍ في نكاحها لأنه كلما تزوجها تطلق عليه عقب العقد إذ لا يختص الطلاق المعلق في الأجنبية بعصمة بل هو عام في كل عصمة مستقبلة بخلاف ما لو كان متزوجًا بها دخل بأداة تكرار فإنه يختص بالعصمة المملوكة فقط، فقوله: إذ لا يخص؛ تعليل لما فهم من الاستثناء، أي إلا أن ينوي التكرار فلا يجوز له نكاحها لأن الطلاق المعلق في الأجنبية لا يخص بعصمة، فكلما تزوجها طلقت عليه فلا فائدة في نكاحها وإنما علل هذا الحكم المذكور من التعليل ليس من وظائف المتون ليتوصل بذلك إلى أحكام الاختصاص وعدمه في المسائل الآتية، وفهم منه أنه إذا لم ينو التكرار ولم يصرح به وتزوجها تطلق عقب العقد ويخرج بذلك من اليمين، فإذا تزوجها مرة ثانية لا تطلق عليه، وهو كذلك.

ثم إن ما مشى عليه «المص» من أنه يباح له تزوجها وتطلق عليه عقب التزوج هو المذهب، وذهب بعضهم إلى المنع؛ لأن القاعدة أن الوسيلة إذا لم يترتب عليها مقصد لم تشرع، والمقصود من النكاح الوطء، وهو غير حاصل بهذا العقد، وقال: هذه المرأة بمنزلة من قالت: أتزوجك على أني طالق عقب العقد. وهذا لا يجوز ولا تستحق عليه صداقًا إن تزوجته ولا فرق بين أن يكون الشرط منه أو منها.

● **ص:**

ولا صداق بعقد بعد ثلاث، وقيل: زوج.

● **ش:**

يعني: أنه إذا نوى التكرار أو صرح بذلك فإنه لا يجوز له نكاحها، فإذا وقع ونزل وعقد عليها فيتكرر عليه الطلاق ولزوم نصف الصداق كلما عقد إلى ثلاث مرات،

فإذا عقد عليها بعد ثلاث مرات وهي رابع مرة وقبل أن تتزوج بغيره فلا صداق عليه، أي لا يلزمه نصف الصداق بسبب هذا العقد الذي بعد ثلاث عقود، وقيل: زوج؛ لأنه فاسد يفسخ أبدًا. نعم إن تجرئ ووطئها بعد العقد لزمه المسمى، أما إذا تزوجها بعد زوج غيره فإنه يلزمه النصف كلما عقد، وهكذا متى تتم العصمة، فإذا تمت وتزوجها رابعة قبل زوج فلا شيء عليه، وهكذا دائمًا.

وبعبارة: إذا علق طلاق امرأة على نكاحها ونوى التكرار ولفظ بصيغة التكرار، نحو: كلما تزوجتك فأنت طالق. فإنه يتكرر عليه الطلاق كلما تزوجها، وعليه النصف كلما عقد إلا أن يتكرر نكاحه ثلاث مرات، ثم يتزوجها رابعة أو خامسة قبل أن تتزوج زوجًا غيره فلا يلزمه لها صداق لأن النكاح فاسد.

أما لو تزوجها بعد زوج بعد الثلاث فيعود عليه الحنث ولزوم النصف إلى أن تتم العصمة، وهكذا؛ لأن العصمة لم تكن حاصلة وإنما حلف على عصمة مستقبلة فيعم جميع العصم المستقبلة بخلاف ما لو كان متزوجًا بها فحلف بأداة تكرار فيختص بالعصمة التي هي مملوكة فقط، وقدمنا ذلك أول الكلام ليتم المبحث هناك ويرتبط بعضه ببعض.

• ص:

كمحلوف على وطئها.

• ش:

هذا تشبيه بما مر في عدم الاختصاص بعصمة فيحنث بوطئها في أي عصمة، ويكون موليًا منها إن لم يطأ، يعني: أن المحلوف على ترك وطئها لا يختص اليمين فيها بالعصمة الأولى بل يعم سائر العصم، فيحنث بوطئها في أي عصمة، فإذا كان له زوجتان حفصة وهند، وقال: إن وطئت هندًا فحفصة طالق، فهند محلوف عليها، كما أن دخول الدار محلوف عليه في قوله: إن دخلت الدار فهي طالق، فيحنث متى وطئ هندًا ولو في عصمة أخرى بأن طلقها ثلاثًا وتزوجها بعد زوج ما دامت حفصة في عصمته أو بقي من العصمة المعلق فيها شيء، فلو طلق حفصة ثلاثًا ثم أعادها بعد زوج لم يلزمه اليمين إن وطئ هندًا.

والحاصل: أن هندًا المحلوف على وطئها لا تختص بعصمة، فمتى وطئها في أي عصمة طالقت حفصة ما دامت في عصمته فإن لم يطأ هندًا خوفًا من الحنث فهو مول منها، فإذا طلق حفصة ثلاثًا أو ما يكمل الثلاث وأعادها بعد زوج لم تطلق إذا وطئ هندًا لأن حفصة محلوف بها والمحلوف بها تختص اليمين فيها بالعصمة الأولى كالمحلوف لها، وإلى ذلك أشار بقوله:

● ص:

واختص بالعصمة في محلوف بها ولها.

● ش:

تقدم أن المحلوف عليها هي المحلوف على ترك وطئها، وهذه لا تختص بعصمة كما مر.

والمحلوف بها هي المحلوف بطلاقها، كقوله: إن دخلت الدار فهي طالق، وكحفصة في المثال السابق فإنها محلوف بطلاقها.

والمحلوف لها هي التي يقول لها: إن تزوجت عليك فالتي أتزوجها طالق.

وهاتان يختصان بالعصمة الأولى وهي المعلق فيها على المعتمد خلافًا لما في الأصل من أن المحلوف لها لا يختص التعليق فيها بالعصمة الأولى، بل يعمها وغيرها مثلًا إذا قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثًا ثم أبانها بخلع أو بانقضاء عدة الرجعي، فإذا فعلت المحلوف عليه وهو دخول الدار حال البينونة لم يلزمه شيء؛ لأنها أجنبية منه، إذا لا ولاية له على المحل حال الدخول، فإذا تزوجها بعد أن أبانها ففعلت المحلوف عليه لزمه ما حلف به أن يبقى له من العصمة المعلق فيها شيء بأن كان طلاقها الأول قاصرًا عن الغاية، وسواء تزوجها قبل زوج أو بعده لأن نكاح الأجنبي لا يهدم الطلاق السابق، ومحل اللزوم إذا لم تكن اليمين مقيدة بأجل وانقضى.

أما لو انقضى زمنها فلا تعود كما لو حلف ليقينه حقه في هذا الشهر فأبانها ثم بعد انقضاء الشهر ردها ولم يقضه فلا شيء عليه، ولو حلف لا يفعل كذا ففعله فحنث فلا يحنث بفعله ثانيًا إن لم تكن بأداة تكرار، أو نوى التكرار كما في «خ».

وإذا حلف لا يترك الوتر تكرر عليه الحنث بتكرار تركه إلا أن ينوي مرة، وقولنا: إن بقي له من العصمة المعلق فيها شيء؛ احترازًا مما إذا أبانها بالثلاث ثم تزوجها بعد زوج ففعلت المحلوف عليه فإنه لا يلزمه شيء؛ لأن العصمة المعلق فيها قد زالت بالكلية ولو كان تعليقه بأداة تكرار نحو: كلما دخلت الدار فأنت طالق، فتحصل من ذلك أن المحلوف بطلاقها إذا فعلت المحلوف عليه كدخول الدار حل بينونتها لم يلزمه، فإذا أعادها لعصمته وفعلته لزم ما بقي من العصمة المعلق فيها شيء، فإذا زالت الكلية بأن طلقها ثلاثًا ثم أعادها بعد زوج ثم فعلت المحلوف عليه فلا يلزمه شيء لأن اليمين لا تختص بالعصمة بالأولى في المحلوف بها ولا فرق بين تعليق الطلاق على فعلها كما مر أو فعله هو أو أجنبي فيختص اليمين بالعصمة الأولى ولا يلزم بالفعل حال البينونة. هذا توضيح الكلام في المحلوف بها.

ومثال المحلوف لها أن يقول لزوجته: إن تزوجت عليك فالتي أتزوجها طالق. أو: كل امرأة أتزوجها عليك فهي طالق، فيختص اليمين بالعصمة الأولى فيلزمه الطلاق فيمن يتزوجها عليها في العصمة الأولى لا في غيرها، فإذا طلق المحلوف لها دون الغاية ثم تزوجها، ثم تزوج عليها طلقت من تزوجها عليها بمجرد العقد، أما لو طلق المحلوف لها ثلاثًا ثم تزوج بعد زوج، ثم تزوجها عليها لم تطلق التي تزوجها عليها.

تنبيه:

لو طلق المحلوف لها دون الغاية ثم تزوج أجنبية، ثم تزوج المحلوف لها على الأجنبية طلقت الأجنبية، ولا حجة له في أنه لم يتزوج عليها وإنما تزوجها على الأجنبية كما يأتي.

● **ص:**

ولا شيء إن لم يبق من النساء أو الزمان ما يجعل عرض النكاح عادة.

● **ش:**

هذا مرتبط بمسألة تعليق الطلاق على الزوج، يعني: أنه إذا علق الطلاق ولم يبق

في تعليقه من النساء أو الزمان قدرًا يحصل به الغرض في النكاح عادة بأن عم النساء أو الزمان، فإذا عم النساء أو بقي منهما قليلًا فإنه لا يلزمه شيء؛ لأنه من القواعد إذا ضاق الأمر اتسع، وإذا اتسع ضاق.

فإذا عم النساء الحرائر، وإلا ما كقوله: كل امرأة أتزوجها طالق، أو إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها طالق، فلا يلزمه شيء للحرج والمشقة.

وكذا إذا بقي من النساء قليلًا في نفسه بأن كان أقل من نساء المدينة المنورة فلا يلزمه شيء كـ: كل امرأة أتزوجها طالق، أو إن فعلت كذا فكل امرأة أتزوجها طالق إلا من قرية كذا، وهي صغيرة دون المدينة المنورة.

قال أبو الحسن: والصغيرة هي التي لا يجد فيها من يتزوج بها أي شأنها ذلك لصغرها بخلاف الكبيرة كالقاهرة.

وكذا إن قال: كل امرأة أتزوجها طالق إلا تفويضًا، لا يلزمه شيء لأن نكاح التفويض قليل جدًا بالنسبة لنكاح التسمية.

وكذا لا يلزمه شيء إن عم الزمان أو بقي منه قليلًا لا يبلغه عمره عادة، كما لو قال: كل امرأة أتزوجها مدة أربعين سنة فهي طالق، وكان الماضي من عمره أربعين أو خمسين سنة إذ الغالب أنه لا يعيش الثمانين بناء على أن مدة التعمير خمس وسبعون، فهو كمن عم النساء.

ومفهوم كلامه أنه لو أبقى من النساء ما يحصل به غرض الناكح بأن أبقى كثيرًا في نفسه ولو كان قليلًا بالنسبة لما حلف عليه يلزمه الطلاق، كما لو قال: كل امرأة أتزوجها من مصر أو من العرب أو من العجم أو من تميم فهي طالق، فتزوج من ذلك، فإنه يلزمه الطلاق، وكذا إذا قال: كل امرأة أتزوجها تفويضًا فهي طالق، فيلزمه الطلاق في التفويض.

وكذا يلزمه الطلاق إذا بقي زمنًا يحصل به غرض النكاح بأن علقه على زمن يعيش إليه ويحصل له فيه النفع بالنكاح كـ: كل امرأة أتزوجها مدة أربعين سنة فهي طالق، وكان الماضي من عمره عشرين أو ثلاثين فيلزمه الطلاق في كل من تزوجها في الأربعين لأن العادة أن عمره يبلغ ستين أو سبعين سنة، فقد أبقى لنفسه ما

يحصل به غرضه في النكاح.

وكذا إن أبقى لنفسه قرية كبيرة كالقاهرة والمنورة ومكة فإنه يجبر على إنشاء الطلاق، فإن لم يورطها لم يجبر.

تنبيه:

إذا خالع الزوج زوجته على ألف عني نوعها كألف دينار أو درهم أو ألف رأس من الغنم، وفي البلد اليزيدية والمحمدية والضأن والمعز فإنه يلزمه ألف من الغالب في البلد من يزيدية ومحمدية وضأن ومعز، فإن لم يكن غالب في البلد أخذ من كل من المتساويين نصفه ومن الثلاثة المتساوية ثلث كل، وهكذا. ذكره في الأصل هنا ولم يذكره «المص» لأنه تقدم له في قوله: وله الغالب أو الوسط.

● ص:

وطلقني واحدة بألف فطلق ثلاثًا لزمتها.

● ش:

يعني: أن الزوجة إذا قالت: طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثًا لزمتها الألف على مذهب المدونة؛ لحصول غرضها وزيادة، خلافًا لبحث ابن عرفة الذي في «عب»، وإن قال به بعضهم كما في «بن»، وبحث ابن عرفة هو أن تقول المرأة: عيبي عند الأزواج يقولون لولا أنه علم أن فيها أمرًا مكروهًا ما بلغ بها الثلاث فلا تلزمها الألف عند ابن عرفة.

● ص:

لا عكسه وبانت.

● ش:

أي: لا تلزمها ألف في عكسه وبانت منه نظر العورة العوض، وإن لم يتم، يعني: أنها إذا قالت له: طلقني ثلاثًا بألف فطلقها واحدة بالألف فقد بانت منه ولا يلزمها ألف على مذهب المدونة أيضًا؛ فمذهبها اليمين فيمن تحته من هذه الأماكن، أي لا تطلق عليه زوجته التي تحته إلا إذا أبانها بيمينه ثم تزوجها فتلزمه فيها اليمين فتطلق عليه بمجرد العقد.

• ص:

كعطي الحرائر فتعتق تحته أمة.

• ش:

شبه تام، يعني: أن من حلف على نكاح الحرائر كأن قال: كل حرة أتزوجها طالق، وكان تحته أمة أو تزوجها بعد الحلف فتعتق بعد يمينه فلا يلزمه فيها شيء؛ لقولهم: إن الدوام ليس كالابتداء إلا إذا أبانها ثم تزوجها فيلزم فيها اليمين.

فإن قلت: تقدم في اليمين أنه إذا حلف لا أركب أو لا ألبس يلزمه اليمين بدوام الركوب واللبس وهنا لم يلزم فيمن تحته بدوام التزوج فما الفرق؟

يجاب: بأنهم جعلوا دوام الركوب أو اللبس كالابتداء في باب اليمين احتياطًا في الحنث هناك، وأما هنا فأمر التعليق لا يشدد فيه للخلاف فيه؛ لأن أكثر العلماء لا يرى التعليق فلذا لم يجعل الدوام فيه كالابتداء لأن التزوج حقيقة إنشاء عقد جديد فلم يدخل من تحته في قوله: أتزوجها.

• ص:

وليس لهذا نكاح الأمة إلا لخوف العنت.

• ش:

قوله: لهذا؛ أي لمن حلف على نكاح الحرائر، يعني: أن من حلف على نكاح الحرائر لا يجوز له نكاح الإماء إلا لخوف العنت على نفسه، ويسقط عنه الشرط الثاني وهو أن لا يجد للحرائر طولًا بالحلف عليهن فصار بيمينه كعادم الطول ولو مليًا.

وقال «خ»: ما لم يقدر على التسري وإلا وجب.

• ص:

وبنت المصري مصرية كالطارئة إن تخلقت.

• ش:

يعني: أن بنت المصري مصرية كأبيه ولو لم يقم بها، فإذا قال: كل امرأة أتزوجها من مصر طالق لزمه في من أبوها مصري، ولو كانت أمها من غير مصر؛ لأن الأم تبع

للأب ولو كانت عند أمها.

كذا بنت الشامي شامية وبنت المغربي، وهكذا، وكذا يلزم اليمين في الطارئة على مصر مثلًا إن تخلق بأخلاق أهل مصر وتطبعا بطباعهن لا إن لم تتخلق ولو طالت إقامتها.

● **ص:**

والمعتبر من تلزمه جمعتها إلا لنية.

● **ش:**

يعني: أن من حلف لا يتزوج من مصر مثلًا فالمعتبر في كل ذلك من تلزمه جمعتها، فكل امرأة يلزم الإتيان إلى جمعتها يلزم فيه اليمين سواء كانت متوطنة بها أو خارجة عنها بثلاثة أميال وربع ميل، فتدخل بولاق ومصر العتيقة وجميع من في تربتها ومن في تربت الإمام الليث، وهذا إن نوى مصر بخصوصها أو لا نية له، فإن نوي أكثر من ذلك لزمه ما نواه، فإذا نوى عملها لزمه اليمين في الساكنة بها والخارجة عنها إلى انتهاء عملها، وهو إقليمها، والمراد بعملها القضاء وهو مصر ونواحيها كجزيرة الفيل وبولاق وبركة الحاج ومصر العتيقة وطرة ومعيصرة لا السلطاني إذ يبعد من قصد الحلف الخروج عند الأقليم بالمرة، كذا في «خ»، وقيل: المراد العمل السلطاني إن لم يكن عرف وإلا عمل به.

والعرف أن مصر إذا أطلقت تنصرف المقاهرة، والأمور العرفية قد تتغير بتغير العرف، فإذا جرى العرف بشيء عمل به كالنية، وهذا التفصيل يجري في غير مصر، كما أشرت لذلك سابقًا بقولي: مصر مثلًا.

● **ص:**

ومن حلف لا يتزوج بمكان، فله الوعد به.

● **ش:**

يعني: أن من حلف لا يتزوج وتزوجها خارجة فلا تضر المواعدة فيه لأن العبرة بموقع العقد لا بموضع المواعدة ويخرج عن مسافة لا يلزم فيها الجمعة، ويتزوج فيها إلا لنية أكثر كما مر.

وقوله: وله الوعد به؛ أي بذلك المكان الذي حلف على عدم الزواج فيه فليس المكان كزمن العدة تحرم فيه المواعدة، وكذا الزمان، هذا ليس كزمن العدة، فإذا حلف لا يتزوج زمن كذا فله المواعدة فيه ويتزوج في غيره، والفرق أن تحريم المواعدة في العدة ليس بالتبعية لحرمة عقد النكاح بل لورود نص فيها لخصوصها وهو قوله تعالى: ﴿لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة:٢٣٥] ولو لم يرد لبقيت المواعدة فيه على الإباحة ولم يرد هنا شيء فعلم أن المراد بالوعد في كلام «المص» ما يشمل المواعدة من الطرفين.

● ص:

وإن علق طلاق نحو الأبكار بعد كالثيبات لم يلزم الأخير.

● ش:

إدخال نحو الأبكار العرب وأدخل بكاف التشبيه العجم وأتى بنحو في الأول والكاف في الثاني تفنا في التعبير، يعني: أنه إذا علق طلاق الأبكار والعرب على شيء كدخول دار أو تزويج بعد أن علق طلاق الثيبات أو العجم فلا يلزمه الطلاق في الأخير وهو الأبكار أو العرب لأنه حصل به الضيق ويلزمه في الأول لتقدمه، فإذا قال: كل بكر أو كل عربية أتزوجها طالق، أو: إن دخلت الدار فكل بكر أو عربية أتزوجها طالق بعد أن كان حلف أولاً على الثيبات والعجم فلا يلزم في الأبكار والعربيات ويلزم في الثيبات والعجم، وعكس المثال يلزم في الأبكار والعرب دون الثيبات والعجم.

وبعبارة: إذا قال: كل بكر أتزوجها طالق، كل ثيب أتزوجها طالق، أو عكسه، أو قال: كل عربية أتزوجها طالق، كل عجمية أتزوجها طالق، أو عكسه، لم يلزمه الحلف الأخير أو التعليق الأخير أو الطلاق الأخير.

قال «الش»: وتعبيرنا أحسن من تعبير الأصل عند من تأملهما. اهـ.

وحسن عبارته من وجهين:

الأول: أنها أتم في المعنى بسبب إتيانه بنحو والكاف لإدخال ما ذكر بخلاف الأصل فإنه لم يأت بواحد منهما.

الثاني: أن عبارته أصرح في المفتي به وهو عدم اللزوم في الأخير بخلاف عبارة الأصل فإنها توهم خلاف المفتي به وذلك أنه قال عاطفًا عليهما: لا يلزم فيه شيء أو الأبكار بعد كل ثيب أو بالعكس فيصدق بعدم اللزوم فيهما، وهو قول في المذهب خلاف المفتي به. هذا معنى كلامه رحمه الله.

وهناك قول ثالث وهو أنه يلزم كل منهما نظراء له وحده، وانظر هل لزوم اليمين في الثيبات عند تقديمهن ولو لم يقدر على وطء الأبكار، وهو ظاهر كلامهم مع أنه في هذه الحالة بمنزلة من عم النساء؛ لأن نسائه في هذه الحالة غير الأبكار وقد حلف عليهن أولًا. قاله «خ».

واستظهر بعضهم التقييد بالقدرة على زواج الأبكار، فانظره.

● **ص:**

وتزوج من حلف لا يتزوج لأجل كذا وخشي العنت قبله وتعذر تسريه.

● **ش:**

يعني: أنه إذا قال: كل امرأة أتزوجها إلى أجل كذا طالق، وكان هذا الأجل يبلغه عمره غالبًا وقلنا يلزمه الطلاق في كل من تزوج بها في ذلك الأجل، فخاف على نفسه العنت قبل الأجل وتعذر عليه التسري فإنه يباح له التزوج ارتكابًا لأخف الضررين؛ لأن الزنا مجمع على تحريمه، بخلاف التعليق فقد ألغاه كثير من العلماء، أما إذا لم يخف العنت أو خافه وقدر على التسري فلا يباح له ذلك، وأما المؤجل بأجل له يبلغه عمره غالبًا فيتزوج مطلقًا لأنه لا يلزمه فيه شيء كما مر.

● **ص:**

ولا شيء في آخر امرأة.

● **ش:**

يعني: أنه إذا قال: آخر امرأة أتزوجها طالق فلا شيء، ويتزوج ما شاء عند ابن القاسم؛ لأنه ما من واحدة إلا ويحتمل أنها الأخيرة فكان كمن عم النساء، وأما الجزم بالأخيرة فلا يكون إلا بعد موته ولا يطلق على ميت، وقال سحنون وابن المواز: يوقف عن الأولى حتى ينكح ثانية فتحل الأولى ويوقف عن الثانية حتى

ينكح ثالثة فتحل له الثانية وهكذا ويكون في الموقوف عنها كالمولي، فإن رفعته فالأجل من يوم الرفع لأن يمينه ليست صريحة في ترك الوطء، فإن انقضى الأجل ولم ترضى بالمقام معه بلا وطء طلق عليه.

واختار اللخمي القول بالوقف إلا في الزوجة الأولى فلا يوقف عنها لأنه لما قال: آخر امرأة، علمنا أنه جعل لنفسه أولى لم يرد بيمينه، ولذا قال «الش»: واختاره اللخمي في غير الأولى لأن سياق عبارته أنه أبقى لنفسه أولى.

وأما إذا قال: أول زوجة أتزوجها طالق فيلزم في أول من يتزوجها، وإذا قال: أول امرأة أتزوجها طالق وآخر امرأة أتزوجها طالق طلقت الأولى ويجري في آخر امرأة الخلاف السابق.

تنبيه:

إذا وقف عن امرأة فماتت وقف ميراثه منها حتى يتزوج ثانية فيأخذه أو يموت قبل أن يتزوج فيرد إلى ورثتها، وإذا مات المتزوج عمن وقف عنها فإنها لا ترثه ولها نصف الصداق لتبين أنها المطلقة لأنها آخر امرأة له ولا عدة عليها كما في «خ».

هذا كله على القول بالوقف عن الأولى... إلخ، وأما على الأول وهو المعتمد فهما زوجان يتوارثان.

● **ص:**

طالق كحتى أنظرها فعمي.

● **ش:**

هذا تشبيه بما قبله في أنه لا شيء عليه، والكاف داخلة على مقدر لا على حتى لأن حرف الجر لا يدخل على مثله أي كقوله: كل من أتزوجها طالق حتى أنظرها.

يعني: أنه إذا قال: كل امرأة أتزوجها طالق حتى أنظر، أو: كل امرأة أتزوجها قبل أن أنظرها طالق، فإنه لا شيء عليه.

وله أن يتزوج من شاء ولا تطلق عليه ولو لم يخش العنت، وقال ابن المواز: لا يتزوج حتى يخشى العنت ولم يجد ما يتسرى به، وحتى هنا استثنائية والمستثنى

منه مقدر، أي كل من أتزوجها طالق إلا أن أنظرها، فالطلاق معلق على التزويج بغير رؤية، ويحتمل أن تكون جارة، أي إلى أن أنظرها، أي ينسحب عليه الطلاق إلى أن ينظرها وإنما لم يلزمه لأنه لمانع كما سبق في الأيمان، كذا في «الش».

يعني: أنه لمانع العمى صار التعليق بالنظر تعليق بما لا يمكن فيلغي قوله حتى أنظرها، كما ألغى اليمين بالمانع من المحلوف عليه لأنه بعد المانع صار متعلقًا بما لا يمكن وهو كالعدم فلم يقع حنث.

وإذا ألغى قوله: حتى أنظرها؛ جرى ما قبله على حكمه في ذاته فإنه عم لم يلزم نحو: كل امرأة أتزوجها من قبيلة كذا طالق إلا أن أنظرها قبل، فإذا عمي لزمه.

● **ص:**

وإن قال: إن لم أتزوج مدنية فهي طالق لزم في غيرها ولو بعدها.

● **ش:**

المدنية نسبة للمدينة المنورة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام، فجعلوها من الكثير الذي يحصل بإبقائه الغرض من النكاح، والقليل قرية دونها.

يعني: أنه إذا قال: إن لم أتزوج مدنية فالتي أتزوجها من غيرها طالق فتزوج من غير المدنية فإنه يلزمه الطلاق في التي تزوجها من غير المدنية، فإنه يلزمه الطلاق في التي تزوجها من غيرها، ولو تزوجها بعد المدنية على الأرجح، وأولى قبلها، وإنما لزم في غير المدنية مطلقًا بناء على أن القضية حملية في المعنى، فكأنه قال: كل امرأة أتزوجها من غير المدنية طالق، ومقابل الأرجح نظر لصيغة التعليق، فقال: هي قضية شرطية نحو: إن لم أدخل الدار فكل امرأة أتزوجها طالق، فإن تزوج قبل دخولها طلقت وإلا فلا، فكذا هنا إن تزوج قبل تزويجه من المدنية لزمه الطلاق وإلا فلا.

وإذا كانت الحملية مقيدة بالقبلية كانت كالشرطية جزمًا، فإذا قال: كل امرأة أتزوجها من غير المدنية قبل أن أتزوج من المدنية طالق، كانت كالشرطية فلا يقع عليه الطلاق في غير المدنية إلا إذا تزوجها قبلها لا بعدها.

وقيل: إذا جعلت القضية شرطية لا ينجز عليه الطلاق، بل إذا تزوج من غير

المدنية يوقف عنها حتى يتزوج من المدنية لأنه في قوة قوله: إن لم أتزوج من المدنية فزوجتي طالق، نعم إن كانت شرطية ولوحظ فيها القبلية أي إن لم أتزوج من غير المدنية قبل غيرها نجز طلاق الغير إن بدأ به، فالأقسام أربعة: حملية شرطية، وكل إما مقيدة بالقبلية أولًا.

● **ص:**

والمعتبر وقت النفوذ فلو فعلت المحلوف عليه في بينونتها لم يلزم.

● **ش:**

هذا شرح لقوله: ومحله ما ملك، والمعتبر معناه المعتد به والمنظور إليه، ووقت النفوذ هو وقت وقوع الطلاق وتنجيزه والحنث فيه.

يعني: أن المعتبر في ولاية الزوج على المحل بمعنى العصمة هو وقت النفوذ لا وقت التعليق، ويتفرع على ذلك أنها لو فعلت المحلوف عليه في حال بينونتها ولو بواحد كخلع أو انقضاء عدة الرجعي لم يلزم لأنها حال النفوذ لو قيل به كالأجنبية لأن المحل معدوم مثلًا إذا قال لها: إن دخلت الدار مثلًا فأنت طالق واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا ثم أبانها فعلت المحلوف عليه وهو دخول الدار في حال بينونتها لم يلزم الطلاق المعلق على دخول الدار، وكذا من حلف على فعل غيرها كدخول زيد الدار أو على فعل نفسه وفعله حال بينونتها لم يلزم فلو قال «المص»: فلو فعل؛ لكان أخصر وأشمل.

قال ابن القاسم: من حلف لغريمه بالطلاق الثلاث ليأتينه أو ليقضينه حقه وقت كذا فقبل مجيء الوقت طلقها طلاق الخلع لخوفه من مجيء الوقت وهو معدم أو قصد عدم الذهاب له لا يلزمه الثلاث، ثم بعد ذلك يعقد عليها بربع دينار وولي شاهدين ويبقى له فيها طلقتان.

● **ص:**

ولو نكحها قبل نفاذ العصمة عاد اليمين إن بقي زمنه.

● **ش:**

تقدم أن المعلق طلاقها على فعل شيء إذا فعلت المحلوف عليه حال بينونتها لم

يلزم الطلاق وذكر هنا أنه إذا نكحها بعد البينونة وقبل نفاذ العصمة بثلاث طلقات للحر وطلقتين للعبد عاد عليه اليمين إذا بقي زمنه بأن كان طلق في يمينه أو قيد بزمن لم ينقض فإذا فعلت المحلوف عليه بعد النكاح لزمه الطلاق سواء فعلته حال البينونة أيضًا أم لا لعدد الصفة عندنا لتمام العصمة، وعند الشافعي لا يعود اليمين مطلقًا بل يسقط بالبينونة القاصرة عن الغاية.

وقال «الش»: والشافعية يحلون اليمين بالخلع.

ومفهوم قوله: نفي زمنه؛ أنه إذا لم يبق بأن قيد بزمن وانقضى، كقوله: إن دخلت أنا وأنت الدار غدًا فأنت طالق فأبانها ثم عاودها فدخلت بعد الأجل لم يحنث بل لو كانت في عصمته وفعلت بعد الأجل لم يحنث.

وقوله: ولو نكحها؛ أي مطلقًا قبل زوج أو بعده لأن نكاح الأجنبي لا يهدم العصمة السابقة.

ومفهوم قوله: قبل نفاد العصمة؛ أنها لو نفذت العصمة بأن أبانها بالثلاث إن كان حرًا أو باثنتين إن كان عبدًا ثم تزوجها بعد زوج ففعلت المحلوف عليه لم يلزمه شيء لأن العصمة المعلق فيها قد انهدمت بالكلية ولو كان تعليقه بأداة تكرار كما سبق.

● **ص:**

كالظهار.

● **ش:**

وهذا تشبيه في عدم اللزوم حال البينونة وفي العود قبل نفاذ العصمة إن بقي الزمن فهو تشبيه تام.

يعني: أنه إذا قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي ثم أبانها فدخلت، لم يلزمه شيء فلو نكحها فدخلت لزمه الظهار إن بقي من العصمة فيها شيء، فإن لم يبق فيها شيء بأن أبانها بالثلاث ثم نكحها بعد زوج ففعلت المحلوف عليه لم يلزمه الظهار لزوال العصمة الأولى كما سبق من أن المعلق يختص بالعصمة الأولى في المحلوف بها وهي قد عادت إليه بعصمة جديدة.

● ص:

وإن حلف لها لا يتزوج عليها فطلقها دون الثلاث ثم تزوج ثم تزوجها حنث، وهل في القضاء أو مطلقًا لأن اليمين على نية المحلوف لها.

● ش:

هذه محلوف لها وسبق أن اليمين فيها يختص بالعصمة كالمحلوف بها.

يعني: أنه إذا حلف لزوجته لا يتزوج عليها بأن قال لها: كل من أتزوجها عليك فهي طالق، ثم طلق هذه الزوجة المحلوف لها دون الثلاث، ثم تزوج امرأة أجنبية ثم تزوج المحلوف لها بعد زوج أو لا لأن الأجنبي لا يهدم العصمة فإنه بمجرد تزوجه المحلوف لها يحنث في يمينه فطلق عليه الأجنبية بمجرد العقد على المحلوف لها ولا نقبل دعواه أنه لم يتزوج عليها وإنما تزوجها على الأجنبية وإن ادعى نية ذلك فلا يلتفت إليها. وهل محل ذلك في القضاء وأما في الفتوى فتقبل نيته أو لا تقبل نيته مطلقًا لا في الفتوى ولا في القضاء لأن اليمين على نية المحلوف لها ونيته أن لا يجمع معها ضرة قولان، وأما لو طلق المحلوف لها ثلاثًا ثم تزوج غيرها ثم تزوجها بعد زوج فلا تعود عليه اليمين؛ لما سبق من اختصاص التعليق بالعصمة الأولى في المحلوف لها فلا تطلق عليه الزوجة التي تزوجها حال بينونة المحلوف لها.

تنبيه:

إذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها طالق ما عاشت فلانة، سواء كانت فلانة زوجته أو لا فإنه يلزمه اليمين مدة حياة فلانة إلا أن تكون فلانة زوجة له فأبانها وتزوج امرأة وقال: نويت بقولي ما عاشت؛ أي في عصمتي، وهي الآن ليست في عصمتي، فإنه يقبل منه ذلك في الفتوى والقضاء فلا تطلق عليه التي تزوجها، ذكره الأصل ولم يذكره «المص» اكتفاء بما سبق في باب اليمين.

● ص:

ولو علق عبد الثلاث فعتق ثم حصل المعلق عليه لزمت.

● ش:

هذا مفرع على قوله سابقًا: والمعتبر وقت النفوذ، يعني: أن العبد ولو ذا شائبة إذا

علق الطلاق الثلاث على دخول دار مثلًا فعتق العبد بعد التعليق ثم حصل المعلق عليه وهو الدخول بعد عتقه فإنها تلزمه الثلاث لأن العبرة بحال النفوذ وهو حال النفوذ حر، سواء كان المعلق عليه دخوله أو دخولها أو دخول أجنبي، فلو حصل المعلق عليه قبل العتق لزمه اثنتان ولا تحل له إلا بعد زوج ولو عتق بعد ذلك، والضمير في لزمت للثلاث.

● ص:

واثنتين بقيت واحدة.

● ش:

اثنتين عطف على الثلاث، يعني: أن العبد إذا علق طلقتين كان قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق طلقتين، ثم عتق فدخلت بعد عتقه فإنه يقع عليه طلقتان، وبقيت له عليها طلقة واحدة لأنه حر وقت النفوذ يملك ثلاثًا على زوجته.

ثم شبه في بقاء الواحدة قوله:

● ص:

كما لو طلق واحدة ثم عتق.

● ش:

يعني: أن العبد إذا طلق زوجته طلقة واحدة لأنه أذهب نصف العصمة فكان كحر طلق واحدة ونصف فيكمل عليه طلقتان وتبقى معه بطلقة واحدة، فلو علق عند الطلاق غير مقيد بعدد أو علق طلقة واحدة على دخول الدار مثلًا ثم عتق ثم دخلت بعد العتق بقيت له فيها طلقتان كما قاله أشهب، ولم يجروه على ما قبله بحيث يقال: علق نصف العصمة فيكمل عليه اثنتان وتبقى له واحدة لأن حال التعليق لا يعتبر وإنما تعتبر حال النفوذ كمن قال لعبده: إن فعلت كذا فأنت حر وفعله في مرضه فإنه لا يعتق إلا من الثلث مراعاة لحال النفوذ.

● ص:

ولو علق طلاق أمة مورثة على موته لم ينفذ.

● ش:

يعني: أن الحر إذا تزوج بأمة مورثة كأبيه مثلًا وعلق طلاقها على موته؛ أي موت

مورثه الحر المسلم بأن قال لها: أنت طالق عند موت أبي أو إن مات أو يوم موته فإنه لا ينفذ هذا التعليق لا يلزم الزوج الطلاق على الموت لانتقال تركة مورثه كلها أو بعضها له ومن جملتها الأمة فيملكها يوم الموت وإذا ملكها انفسخ نكاحه فلم يجد الطلاق عند موت الموروث محلًا يقع عليه وأجاز له وطؤها بالملك ولو كان الطلاق المعلق ثلاثًا، وهذا من ثمرات عدم النفوذ.

ومن ثمراته أيضًا: أنه إذا كان الحلف ثلاثًا وأعتقها بعد موت مورثه فإنه يحل له نكاحها قبل زوج وتبقى معه بعصمة كاملة إن كان المعلق دون الثلاث، وظاهر كلامهم أنه لا يتعدد تعليقه ولو كان على الميت دَيْن لأنه لو شاء قضاه وأخذ التركة ولا كلام لرب الدَّيْن إلا أن يكره أن تكون زوجته في ملك غير أبيه فعلق طلاقها على موته ليسلمها لأرباب الديون فإنه إذا سلمها لهم تطلق عليه. أفاده «حش» بلفظ ينبغي حيث قال: ينبغي إلا أن يكره... إلخ.

وقوله: أمة موروثة؛ احترازًا مما إذا كان غير موروث له بأن كان عبدًا أو كافرًا ومات كذلك فإنه يتعدد الطلاق لأنه لا توارث بينهما حتى تدخل الأمة في ملك الزوج يوم موته.

ولما كانت ألفاظ الطلاق وهي الركن الرابع ثلاثة أقسام: صريح وكناية وظاهرة وكناية خفية، والكناية الظاهرة ثلاثة أقسام: ما يلزم فيه الطلاق الثلاث في المدخول بها وغيرها ولا ينوي في غيرها، وما لا يلزم فيه الثلاث في المدخول بها وينوي في غيرها، وما يلزم فيه الثلاث وينوي مطلقًا شرع في بيان ذلك بقوله:

● ص:

ولفظه مادة الطلاق لا كالانطلاق وتلزم واحدة إلا لنية أكثر.

● ش:

يعني: أن لفظ الطلاق الصريح الذي تحل به العصمة ولو لم يقصد حلها متى قصد اللفظ ما فيه مادة الطلاق، أي حروفه وهي الطاء واللام والقاف كطلقت بالفعل الماضي والطاء مضمومة، أو مطلقة بتشديد اللام فيها كالذي قبله، وتطلقت بشد اللام المفتوحة وكسر التاء، أي مني، أو أنت طلقت، أو أنا طالق، أو أنت طالق، أو

الطلاق لي لازم، أو عليَّ، أو مني، أو لك، أو عليك، أو منك، أو طلاق بالتكبير، أي يلـزمني، أو عليك، أو علـيَّ الطلاق.. ونحو ذلك مـما جعل فِي العـرف لإنشاء حل العصمـة، وسواء نطق بـالمبتدأ كـانت أو أنا أو هي أو بـالخبر كعليَّ أو لا لأنه مقدر والمقدر كالثابت، فكل هذه الألفاظ من صريح الطلاق يلزم فيها واحدة إلا لنية أكثر فيلزمه ما نواه.

وهل يحلف فـي القضـاء أنه مـا أراد أكثر أو لا يمـين عليه؟ خـلاف، وفي «بن» إجراؤه على يمين التهمة، وأما في الفتوى فلا يمين عليه جزمًا.

ولو قال: أنت أنت ولـم يكمل بأن لم ينطق بـالقاف ففي «عب» أنه من باب وإن نواه بأي كلام لزم، وحمله بعـضهم على ما إذا نوى عـدم الكمال ابتداء وأما إن أراد أن ينطق بالصيغـة بتمامها فلا يلزمه، وسيأتي مـا يوافق هذا، وإذا قال لها: أنت قالق أو تالق بإبدال الطاء قافًا أو تاء مثناة فوقية كان ذلك من الكنـاية الخفية فيلزم بالنية إن لم تكن لغته كذلك.

وأما الانطلاق ونحوه كانت منطلقـة أو مطلوقة أو انطلقي أو مطلَّقة بسكون الطاء وفتح اللام مـخففة أو أنا مـنطلق فليس مـن صريح الطلاق ولا من كـناياته الـظاهرة لأنهـا لـم تـجعل في العـرف لإنشـاء الـطلاق بل جعلهـا العـرف لغيرهـا، فهي من الكـنايات المخفية إن قصـد بها الطلاق لزم، وإلا فلا، فالعـرف نقل الألفاظ السابقة من الخبر إلى الإنشاء.

واعلم أن صريح الطلاق هو ما لا ينصرف لغيره إلا بالبساط، والكناية الظاهرة ما لا تنصـرف عن الطلاق إلا بـالنية أو العـرف، والكنايـة الحقيقـية ما لا تـنـحصر في الطلاق إلا بالنية والعرف، ونظم ذلك الشيخ حسن الجداوي فقال:

مصرح الطلاق مـا لا ينصرف ... للغير إلا بالبسـاط المؤتلف
وظـاهر الكناي مـــا يصرفه ... عن الطلاق نيـــة أو عرفـه
ومـا خفي من الكناي انصرفا ... إلى الطـلاق إن نوى أو عرفا

وأمـا مجرد نيـة الطـلاق من غير لفظ فـلا يلزمه بهـا شيء، وسيـأتي الخلاف في الطلاق بالكلام النفسي.

ثم شبه في لزوم الواحدة إلا لنية أكثر قوله:

● ص:

كاعتدي.

● ش:

يعني: أنه إذا قال لها: اعتدي؛ يلزمه واحدة إلا لنية أكثر، فإن قال لها: أنت طالق اعتدي؛ لزمه طلقة أخرى إلا أن ينوي إعلامها بالحكم وهو وجوب العدة ولم يعطف بغير الفاء بات لم يعطف أصلًا أو عطف بالفاء فإنه يلزمه طلقة واحدة، ويلزمه واحدة فقط مع العطف بالفاء لأن العطف بها كعدم العطف لأنها للسببية، أي أنت طالق فبسبب الطلاق اعتدي.

أما إذا عطف بالواو نحو: أنت طالق واعتدي؛ فيلزمه طلقتان لأن العطف يفيد المغايرة والتأسيس.

وأما العطف بـ«ثم» فهل هو كالعطف بالواو أو كالعطف بالفاء؟ استظهر «خ» الأول واستظهر «عب» الثاني.

وأما اعتدي بمفرده من غير أن يتقدم عليه لفظ طلاق فهو من الكناية الظاهرة، فإذا قال لها: اعتدي؛ لزمه واحدة إلا لنية أكثر كما تقدم، فإن دل بساط على نفي الطلاق أصلًا فلا يلزمه شيء كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

وصدق في نفيه مع القرينة.

● ش:

أي: وصدق بيمين في دعوى نفي إرادة الطلاق من أصله بعد قوله: اعتدي، إذا قامت القرينة على إرادة الاعتداد بشيء أو على إرادة العدد دون الطلاق، كما لو كان الخطاب في مقام ذكر الاعتداد بشيء أو العد لدراهم، فلقال: اعتدي، وقال: نويت الاعتداد بكذا والعدد فيصدق في ذلك.

والمراد بالقرينة البساط، وإنما صدق مع البساط لأنه في الصيغة أقوى من مجرد النية لظهوره كما في «بن» وإن تأخر عن النية في تخصيص المحلوف عليه كما سبق

في الأيمـان من أن النيـة مقدمـة على البـساط فـي تخصيص الـيمين أو تقييـدها أو تعميمها.

وبعبارة: وإنما اعتبر البساط أو القرائن لأنها في صيغة الحلف أقوى من مجرد النية لأن القرائن تصرف الألفاظ عن معانيها الأصلية كما في المجاز.

ثـم إن قوله: وصدق في نفـسه؛ رجحه بعض شراح الأصل؛ لقـوله: اعتدي. فقط، والـذي يظهـر من قـوة كلام «المـص» أنه راجع له ولما قبله وهـو المـوافق لـنظم الجداوي من أن صريح الطلاق ينصرف عنه بالبساط، وتمثيل «المص» الآتي شاهد صدق على ذلك كما أشار لذلك بقوله:

• ص:

كخطاب الموثقة ولو لم تقل أطلقني على الظاهر.

• ش:

هذا مثال للقرينة الـصادقة عن إرادة الطلاق في الصيغة الصريحة، أي أن خطابها وهي في هـذه الحالـة قرينـة دالة علـى نفي إرادة الطلاق، وخـطاب مصـدر مضاف لمفعـوله بعد حذف الفـاعل حتى تـصح، والمبالـغة في المعنـى أن الزوج إذا كانت زوجته موثقـة بقيد ونحوه فخطابها بقوله: أنت طالق وادعى أنه لم يرد الطلاق وإنما أراد أنها طالق من الوثـاق في الحال أو أنه سيطلقها من الـوثاق فإنه يصدق في ذلك في الـفتوى والقـضاء، ولـو لـم تقل له المـرأة: أطلقني من الـوثاق علـى الظـاهر من التـأويلين في الأصل؛ لأن الخطـاب قرينـة دالة علـى نفي إرادة الطلاق، وأولـى لو قالت له: أطلقني.

والحاصل: أنه يصـدق في الفتوى قولًا واحدًا سـألته الحل من الوثاق أو لا، وكذا في القضـاء إن سألـته وإلا فتأويلان، والأظـهر أنه يصـدق فقوله: وصـدق في نفيه؛ إشارة إلى أن اللزوم فـي الصريح وما ألحق به محله إذا لم يكن بساط يدل على نفي إرادة الطلاق، فـإن كان قبل مـنه ذلك بيميـنه، وفهم من أنهـا إذا لم تكن مـوثقة لم يصدق، وهو كذلك بلا خلاف ولو في الفتوى.

وقـوله: ولو لـم تقل أطلقني؛ ظـاهره أنـه يصدق ولـو لم يطـلقها الآن من الـوثاق

لصحة أنه وعد بإطلاقها في المستقبل.

ثم أشار إلى القسم الثاني من أقسام لفظه وهو الكناية الظاهرة بقوله:

● **ص:**

وفي بتة وحبلك على غاربك ثلاث ولا ينوي دخل أو لا.

● **ش:**

في بتة خبر مقدم، وثلاث مبتدأ مؤخر، يعني: أن الزوج إذا قال لزوجته: أنت بتة أو حبلك على غاربك فإنه يلزمه الثلاث، ولا ينوي، دخل أو لا؛ لأن البت هو القطع، فكأن الزوج قطع العصمة التي بينه وبينها ولم يبق بيده منها شيء مطلقًا.

فحبلك على غاربك كناية عن كونه لم يبق له عليها عصمة كالممسك بزمام دابة يرميه على كتفها.

قال القرافي: ولزوم الثلاث محمول على ما إذا جرى العرف بذلك، وإلا فكالكناية الخفية كما في محشي الخرشي.

وما قاله القرافي وجيه، وقد يتعارف حبلك على غاربك في مطلق الأحمال حتى يخاطب الرجل ابنه مثلًا بذلك.

وبعبارة: قيد القرافي خلية وبرية وحبلك على غاربك وبتة ونحوها باستعمال العرف لها في حل العصمة وإلا فهي الكناية الخفية لا الظاهرة إجماعًا، ونبه عليه حذاق المذهب.

قال «ز»: وبعبارة قال: لما كان حكم هذه الألفاظ ما ذكروه لعرف سابق، وأما اليوم فلا تجد أحدًا يطلق امرأته بخلية ولا برية، فلا يحل للمفتي الآن أن يفتي له إلا لمن عرف معانيها، إلا كانت من الكناية الخفية.

والحاصل: أنه لا يحل للمفتي أن يفتي بالطلاق حتى يعلم عرف البلد.

تنبيه:

إذا اشترت الزوجة العصمة من زوجها بأن قالت له: بعني عصمتك بمائة؛ فباعها لها، فإنها تطلق ثلاثًا أولًا.

ثم ذكر ثنتين يلزمه فيهما الثلاث في المدخول بها وواحدة في غيرها إلا أن ينوي

أكثر، فقال:

● ص:

وفي تلفظه بواحدة بائنة أو قصدها بأي لفظ ثلاث إن دخل.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا تلفظ لزوجته بواحدة بائنة فإنه لزمه الثلاث في المدخول بها لأن البينونة بغير عوض بعد الدخول إنما هي بالثلاث، وقطعوا النظر عن لفظ واحدة. أو أن واحدة صفة لمرة أو دفعة لا لطلقة، فمعنى واحدة دفعة واحدة بقرينة البينونة في غير معنى المخالفة، فالبينونة في غير الخلع قرينة دالة على أن المراد الطلاق الثلاث في دفعة واحدة فلا تقبل منه نية أقل من الثلاث، وأما غير المدخول بها فتبين بواحدة ما لم ينو أكثر، فالضمير في تلفظه للزوج وقوله: أو قصدها عطف على تلفظ وهو مصدر مضاف لمفعوله وهو الواحدة البائنة؛ أي إذا قصد الزوج الواحدة البائنة؛ يعني: أنه إذا قصد الواحدة البائنة بأي لفظ كان سواء كان صريحًا نحو: أنت طالق أو كناية خفية نحو: اذهبي؛ فإنه يلزمه ثلاث في المدخول بها وواحدة في غيرها إلا أن ينوي أكثر، وأما إذا نوى الواحدة البائنة بالكناية الظاهرة كخليت سبيلك فنيته لا أثر لها لأنه يلزم الثلاث في المدخول بها ولو لم ينو الواحدة البائنة.

فقول الأصل: ونواهما بخليت سبيلك؛ فيه نظر، وقول «المص»: بأي لفظ؛ يشمل الكناية الظاهرة. فيرد عليه ما ورد على الأصل إلا أن يخص كلامه بغير الكناية الظاهرة.

● ص:

وكالميتة والدم أو وهبتك، أو رددتك لأهلك، أو أنت أو ما أنقلب إليه حرام، أو عليَّ الحرام، أو خلية، أو بائنة، أو أنا خلي، أو لا نكاح بيننا، أو لا ملك، أو لا سبيل لي عليك، ثلاثًا في المدخول بها، ونوى في غيرها، وحلف إن أراد نكاحها.

● ش:

كالميتة جار ومجرور خبر مقدم، وثلاث مبتدأ مؤخر، أي ثلاثة لازمة له في

كالميتة، وما عطف عليه وجملة هذه الألفاظ أربعة عشر وكلها يلزم فيها ثلاث في المدخول بها ولا ينوي، وينوي في غيرها، فإن لم ينو شيئًا فثلاث، وإذا نوى في غير المدخول بها فقال: أردت واحدة، ثم أراد نكاحها قبل زوج حلف في القضاء أنه نوى دون الثلاث، فإن نكل لزمه الثلاث، ولا يمكن من نكاحها قبل زوج، فإن لم يرد نكاحها فلا يحلف إذ لعله لا يتزوجها.

الأول والثاني من هذه الألفاظ: أن يقول لها: أنت كالميتة أو كالدم إلا أن يكون بساط يمينه أنها مثلهما في الاستقذار، ومثلهما في الحكم لحم الخنزير.

الثالث والرابع: وهبتك لأهلك أو رددتك لأهلك، فقوله: لأهلك؛ راجع لهما، ومثل ذلك: وهبتك لنفسك.

الخامس والسادس: أنت حرام، أو ما أنقلب إليه، أي راجع إلي حرام، فيلزمه ما ذكر، ولو لم يقل من أهل، حيث لم يحاش الزوجة فإن حاشاها نفعه كما سبق في الأيمان.

والحاصل: أن ذكر لفظ أهل وخدمه سواء في الحكم إلا أنهما يفترقان فيما إذا قال: حاشية الزوجة، فيصدق حيث لم يذكر الأهل ولا يصدق حيث ذكره.

فقوله: حرام، راجع لهما، واللزوم في هذه الألفاظ مطلقًا علق بأن كان منجزًا أو لم يعلق أمر.

السابع: عليَّ الحرام، فيلزم فيه الثلاث في المدخول بها، وينوي في غيرها.

«الش» شيخنا سمعت ورأيت أن العمل بالمغرب جرى في الحرام بطلقة بائنة، أي سمع من المشايخ ورأى في النقول من الكتب، ونقل هذا أيضًا «بن» لكنه ربما خالف عرف مصر فإنه شاع في ألسنتهم أن الحرام يجمع الثلاث، فالحالف منهم يلزمه الثلاث.

وحكى البدر والقرافي فيه خلافًا كثيرًا، فقيل: إنه طلقة رجعية وهو مذهب الشافعية، وقيل: يستغفر الله ولا شيء عليه.

قال «حش»: وهنا مهمة وهو أنه قد يقع على الشخص الحرام فيراجعها على مذهب الشافعي ثم يطلقها ثلاثًا فيفتيه بعض المالكية بعد لزوم الثلاث بناء على أن

الحرام طلقة بائنة والبائن لا يرتدف عليه طلاق، فيجدد لها عقد، وهذا خطأ فإنه لما راجعها على مذهب الشافعي صار معها في نكاح مختلف فيه، بل لو لم يراجعها وعاشرها معاشرة الأزواج، فالقواعد تقتضي لحوق الطلاق مراعاة لقول الشافعي أنه رجعي مع قول بعض الأئمة كالحنفي: أن الجماع يكون رجعة من غير نية الرجعة وهو قول عندنا أيضًا، كيف وهناك من يقول: الحرام لا يخرجها عن عصمته غايته يستغفر الله تعالى ولا شيء عليه كما تقدم، ونعوذ بالله تعالى من رقة الديانة. اهـ.

الثامن: خلية. سواء قال: خلية مني، أو لم يقل مني، ومثل خلية: برية، وأما خالصة فذكر «دص» أنه يلزمه الثلاث في المدخول بها كغيرها إن لم ينو أقل، وقيل: أنه طلقة بائنة، وقيل: رجعية، واستظهر «حش» أنه طلقة بائنة، والفقير يفتي به العوام عند الضرورة كأن تكون فقيرة ذات عيال ولا كافل لها إلا هذا الزوج.

ومثل خالصة: ليست لي على ذمة؛ ففيه ما مر، وقيل: يلزم به طلقة واحدة إلا لنية أكثر في المدخول بها وغيرها، وهو رجعي في المدخول بها وبائن في غيرها، وأما عليه السحام فيلزم به واحدة إلا لنية أكثر، وأما نحو: عليه الطلاق من فرسه أو من ذراعه، فلا شيء فيه لأن القصد من الحلف بذلك التباعد عن الحلف بالزوجة، وتقدم ذلك بأبسط مما هنا.

التاسع والعاشر والحادي عشر: بائنة، قال: مني أو لا، أو أنا خلي، أو أنا بائن، أو بري، قال: منك أو لا، وعُرف مصر أن يمين سفه معناه الطلاق وتكفي فيه واحدة، فإن باب الطلاق من حيث هو السفه فإنه أبغض الحلال، إلا إذا نوى به أكثر، أو جرى به عرف، فيلزم ما نوى أو عرف. أفاده «حش».

الثاني عشر والثالث عشر والرابع عشر: لا نكاح بيننا، أو لا ملك لي عليك، أو لا سبيل لي عليك، فيلزمه بذلك ما تقدم إلا لعتاب فلا شيء عليه، كما لو كانت تفعل أمورًا لا توافق غرضه فيقول لها: لا نكاح بيننا... إلخ، فالعتاب قرينة وبساط دال على عدم إرادة الطلاق، فجميع هذه الألفاظ يلزمه بها ثلاث في المدخول بها وينوي في غيرها، فإن لم ينو شيئًا فثلاث، وقد عرفت فيما سبق عن القرافي أن بعض هذه الألفاظ كخلية وبرية وحبلك على غاربك وكالدم والميتة، إنما يلزم به ما

ذكر إذا جرىٰ بها العرف، وأما إذا انتوىٰ استعمالها في الطلاق بحيث لم تجر بين الناس كما هو الآن فتكون من الكنايات الخفية إذا قصد بها الطلاق لزم وإلا فلا.

ثم إنهم اختلفوا في ثلاثة ألفاظ هل يلزم فيها مثل ما لزم في هذه الألفاظ السابقة، أو لا شي فيها؟ فأشار إلىٰ ذلك بقوله:

● ص:

وهل كذلك، وجهي من وجهك، أو على وجهك، أو ما أعيش فيه حرام، أو لا شيء، فيه قولان.

● ش:

قوله: كذلك، أي مثل الألفاظ السابقة في أنه يلزمه ثلاث في المدخول بها وينوي في غيرها و«على» بالتحقيق جارة لما بعدها فلا فرق بين «من» و«على». وأما عليَّ وجهك بالتشديد فإنها تحرم عليه قولًا واحدًا لأنه مطلق خبر فيكمل عليه وينوي في غير المدخول بها.

يعني: أن الزوج إذا قال لزوجته: وجهي من وجهك حرام أو وجهي علىٰ وجهك حرام، أو ما أعيش فيه حرام فهل يجري فيه مثل ما سبق في كالميتة وما بعده فيلزمه ثلاث في المدخول بها وينوي في غيرها في الفتوىٰ والقضاء، أو لا شيء عليه في الجميع؟ قولان.

رجح الأول من القولين في الأول من هذه الألفاظ، بل حكىٰ ابن رشد الاتفاق عليه، واستظهر في الأخير القول الثاني أن الزوجة ليست من العيش فلم تدخل في ذلك إلا بالنية، وقيل: لا شيء عليه وإن أدخلها في يمينه، وأما اللفظ الوسط ففيه القولان سيان.

● ص:

وفي: لا عصمة لي عليك، ثلاث إلا مع فداء فخلع.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا قال لزوجته: لا عصمة لي عليك، فإنه يلزمه ثلاث في المدخول بها وينوي في غيرها إلا إذا دفعت له فداء، فقال لها ذلك فهو خلع يلزمه

به واحدة بائنة دخل أو لا إلا أن ينوي أكثر، وأما إن اشترطت العصمة منه فثلاث دخل أو لا، وإن اشترت منه الطلاق لزمه واحدة بائنة دخل أو لا.

وشراء العصمة أن تقول له: بعني عصمتك عليَّ أو بما تملك عليَّ من العصمة.

وشراء الطلاق أن تقول له: بعني طلاقي أو اشتريت منك طلاقي بكذا فيفعل فيلزمه واحدة فقط لأنها لما أضافت الطلاق إلى نفسها وليس لها هي طلاق علم بذلك أنها قصدت بذلك مطلق الطلاق ومطلقه واحدة بخلاف ما لو أضافته إليه فيلزم الثلاث لأنه يملكها.

• ص:

وفي: أخليت سبيلك ثلاث إلا أن ينوي أقل دخل أو لا.

• ش:

يعني: أن الزوج إذا قال لزوجته: خليت سبيلك؛ يلزمه ثلاث إلا أن ينوي أقل دخل بها أو لا فعند عدم النية يلزمه الثلاث فيهما، وعند النية يلزمه ما نواه فيهما.

• ص:

وواحدة في فارقتك.

• ش:

يعني: أن الزوج إذا قال لزوجته فارقتك، أو إن فعلت كذا فقد فارقتك، فإنه يلزمه طلقة واحدة دخل بها أو لا، وهي رجعية في المدخول بها إلا أن ينوي أكثر فيلزمه ما نواه وإلا إذا كان بساط على عدم الطلاق وإلا عمل بالبساط كما مر.

والحاصل: أن البساط يعمل به في الصريح والكناية الظاهرة.

مثاله في الصريح إن لم يأخذها الطلق فيقول لها: أنت طالق؛ إعلامًا أو استعلامًا، أو تكون مربوطة أو محبوسة فتقول له هي أو غيرها: أطلقني فيقول لها: أنت طالق فلا يلزمه شيء على ما مر، وقال المتيطي: إن قال لمن طلقها هو أو غيره قبله: يا مطلقة، وزعم أنه لم يرد طلاقها وإنما ذكر ما قد كان أو أكثر في مراجعته على غير شيء فقال لها: يا مطلقة، أي شبهها في البذاءة وطول اللسان، صدق في ذلك كله.

ومثاله في الكناية أن يقول لمن يقل نومها: أنت كالميتة، أو يقول لمن رائحتها

كريهة: أنت كالدم، أي في الاعتدار، او يقول: أنت خلية؛ ويريد خلية من الخير، أو من الأقارب، ونحو ذلك.

أو يقول لها: أنت بائنة، أو أنا بائن، أو يقول: أردت أنها منفصلة مني وأنا منفصل منها، فيصدق في ذلك إذا كان بينهما فرجة والحديث في شأن ذلك.

وعلم مما سبق أن الكناية الظاهرة أقسام:

الأول: ما يلزم فيه واحدة إلا لنية أكثر في المدخول بها، وهو من الكناية الخفية في حقها.

الثاني: ما يلزم فيه الثلاث مطلقًا ولا ينوي وهو: بتة، وحبلك على غاربك.

الثالث: ما يلزم فيه ثلاث في المدخول بها وواحدة في غيرها ما لم ينو أكثر، وهو ما إذا لفظ بواحدة بائنة، أو نواها بأي لفظ.

الرابع: ما يلزم به ثلاث في المدخول بها وينوي في غيرها وهو كالميتة وما بعده من الأربعة عشر السابقة.

الخامس: ما فيه الخلاف هل هو كالميتة وما بعده، أو لا شيء فيه وهو ثلاثة: وجهي من وجهك... إلخ.

السادس: ما يلزم فيه الثلاث في المدخول بها إلا مع فداء فيلزم فيه واحدة مطلقًا، وهو: لا عصمة لي عليك.

السابع: ما يلزم فيه ثلاث مطلقًا إلا أن ينوي أقل، وهو: خليت سبيلك.

الثامن: ما يلزم فيه واحدة مطلقًا إلا لنية أكثر، وهو: فارقتك.

ثم أشار للقسم الثالث وهو الكناية الخفية بقوله:

• ص:

ونوى يمين فيه وفي عدده في: اذهبي وانصرفي، أو لم أتزوجك، أو قيل: ألك امرأة؟ فقال: لا، أو أنت حرة، أو معتقة، أو الحقي بأهلك، أو سائبة، أو ليس بيني وبينك حلال ولا حرام، أو لست لي بامرأة. إلا أن يعلق في الأخير فالثلاث إلا أن ينوي غيره.

• ش:

هذه عشرة الألفاظ ينوي فيها، أي تقبل فيها نيته بيمين، وقوله: فيه؛ أي في

الطلاق، يعني: أن من أتى بلفظ من هذه الألفاظ المحتملة للطلاق وعدمه فإنها تقبل نيته في أصل الطلاق وفي عدده لكن في القضاء لا تقبل إلا بيمين، وفي الفتوى بلا يمين، فإن قال: لم أرد الطلاق حلف ولا شيء عليه، وإذا قال: نويت الطلاق نوى في عده فيلزمه ما نواه واحدة أو أكثر فإن لم ينو شيئًا فقال أصبغ: يلزمه الثلاث مطلقًا دخل أو لا.

وفي «عج»: تلزمه واحدة وتكون رجعية في المدخول بها.

وقوله: إلا أن يعلق في الأخير؛ مستثنى من قوله: ونوى فيه وفي عدده.

وقوله: إلا أن ينوي غيره مستثنى من الاستثناء قبله، وضمير غيره للطلاق، أي أنه تقبل نيته في هذه الألفاظ فإن أراد الطلاق لزم، وإلا فلا إلا أن يعلق في الفرع الأخير وهو قوله: لست لي بامرأة، فإن علق نحو: إن دخلت الدار فلست لي بامرأة، أو ما أنت لي بامرأة، ففعلت المحلوف عليه فإنه يلزمه الثلاث إن نوى به مطلق الطلاق، أو لا نية له، فإن نوى شيئًا لزمه، وإن نوى غير الطلاق صدق بيمين في القضاء وبغيرها في الفتوى، هذا الذي رجح من أربعة أقوال، ولكن ينبغي تقييد تصديقه بما إذا دل عليه بساط.

وقوله: الحَقي ـ بفتح الحاء ـ من حلق، لا من الحق؛ لأنه ليس المراد أنها تلحق غيرها بأهلها، وإنما المراد التحقي بأهلك، ومثله انتقلي إلى أهلك.

فإن قلت: كيف عد «المص» حرة ومعتقة من كنايات الطلاق الخفية مع أنهما من صريح باب العتق، والقاعدة: إن كان صريحًا في باب لا يكون كناية في غيره؟

يجاب: بأن هذه القاعدة ليست كلية ولا متفقًا عليها كما نقله «حش» عن «عب».

● ص:

ولا شيء في: يا حرام أو الحلال حرام، أو حرام عليَّ، أو جميع ما أملكه حرام.

● ش:

أي: أنه لا شيء عليه عند عدم نية الطلاق إذا قال لزوجته: يا حرام أو قال لها: الحلال حرام، ولم يقل علي مقدمة ولا مؤخرة وإلا فتكون مسألة المحاشاة فتدخل الزوجة إلا أن يحاشيها، وكذا لا شيء عليه إذا قال لها: حرام على بالتنكير، ولم يقل

لها: أنت، أو عليَّ حرام ما أكلم زيدًا مثلًا وكلمه.

وأما إذا قال لها: عليَّ الحرام، فيلزمه ثلاث في المدخول بها وينوي في غيرها.

والفرق بين عليَّ حرام، وعليَّ الحرام أن علي الحرام استعمل في العرف في حل العصمة بخلاف عليَّ حرام، فمن قاس عليَّ الحرام على عليَّ حرام فقد أخطأ في القياس لوجود الفارق ومخالف المنصوص في كلامهم في عليَّ الحرام. أفاده «عج».

وقول «المص»: أو جميع... إلخ. عطف على ما قبله، أي وكذا لا شيء عليه إذا قال: جميع ما أملك حرام، ولو قال: علي إذا لم يرد إدخال الزوجة في هذا الفرع بأن نوى إخراجها، أو لا نية له في الإدخال وعدمه، بخلاف مسألة المحاشاة وهي الحلال عليَّ حرام، فلا بد فيها من الإخراج أولًا.

والفرق بين الفرعين أن الزوجة لما لم تكن مملوكة لم تدخل إلا بإدخالها في جميع ما أملك، بخلاف: الحلال عليَّ حرام، فإنه شامل لها فاحتيج إلى إخراجها من أول الأمر.

تنبيهات:

الأول: تقدم أن «المص» ذكر في معتقة وسائبة، وليس بيني وبينك حلال ولا حرام، أنه ينوي في الطلاق وفي عدده، وذكر الأصل أنه يحلف في هذه الثلاثة، ولا شيء عليه، فإن نكل لزمه الطلاق وينوي في عدده وتقبل منه نية ما دون الثلاث، واستشكل تنويته في عدده مع أنه قد أنكر قصد الطلاق، وأجيب بأن نكوله أثبت عليه إرادة الطلاق فكأنه بنكوله قال: أردت الطلاق وكذبت في قولي لم أرده.

وقال بعضهم: أي وكذا هذا الفرع ليس لمالك بل هو مخالف لأصل مذهبه وإنما ذكر في المدونة عن ابن شهاب، ولذا لم يذكره ابن الحاجب ولا ابن شاس، ولا ابن عرفة، فعلى «المص» التدارك في ذكره، فالجاري على أصل مذهب مالك أنه يلزمه الثلاث في المدخول بها كغيرها إلا إذا نوى أقل.

الثاني: إذا قالت المراة لزوجها: أود لو فرج الله لي من صحبتك ونحو ذلك فأجابها بائنة أو خلية أو برية فذكر الأصل أنه لا ينوي في العدد إن أنكر قصد الطلاق بل يلزمه الثلاث، هذا إذ كان قوله المذكور جوابًا لها، فإن لم يكن جوابًا

وأنكر قصد الطلاق صدق إن تقدم بساط يدل على ما قال وإلا لزمه الثلاث مطلقًا وإلا إن لم ينكر قصده لزمه الثلاث في بتة دخل أو لم يدخل ولا ينوي، وفي غيرها ينوي في غير المدخول بها فقط، وسواء كانت جوابًا لقولها المذكور أم لا.

الثالث، إذا قال لها: قطعت العصمة بيني وبينك، أو عصمتك على كتفك، أو على رأس حبل. لزمه الثلاث في المدخول بها وغيرها ولا ينوي.

● **ص:**

وإن قصده بأي كلام لزم.

● **ش:**

يعني: أن الإنسان إذا قصد الطلاق بأي كلام كان كاسقني، ولو لم يوضع لحل العصمة، فإنه يلزمه ما قصده من الطلاق ومن عدده كاسقني الماء، أو ادخلي، أو كلي، أو اشربي، أو اذهبي، أو اخرجي، أو انصرفي، أو قومي، أو اقعدي، وشبه ذلك.

بل لو قصده بصوت ساذج، أو مزمار، لزم، وكذا لو نهق كالحمار مثلًا وقصد بذلك الطلاق لزم، والشافعية لهم ألفاظ مذكورة عندهم لا يلزمهم الطلاق بغيرها، وكل ما قصد به الطلاق فهو كناية عن الفقهاء وإن لم يستعمل في لازم معناه.

وأما إذا أتى بصريح الظهار فلا ينصرف للطلاق ولو قصده به على ما يأتي في الظهار، فيخص بقوله: بأي كلام؛ بغير صريح الظهار.

وقوله: وإن قصده بأي كلام. خرج به ما إذا قصده بفعل كضرب وتصفيق بيد وقطع حبل وفتق ثوب أو تمزيقه فلا يلزمه ما لم يكن عادة قوم فيلزم؛ ولذا قال «الش»: وأما صوت الضرب باليد مثلًا فمن الفعل الآتي احتياجه إلى عرف أو قرائن. انتهى.

فإذا فعل بها فعلًا كضرب ونحوه وقال: أردت به الطلاق فلا يلزمه شيء ما لم يجريه عرف.

وقوله: كاسقني. حقه اسقيني بالياء؛ لأنه خطاب لمؤنث على حرف النون والياء فاعل، وأصله اسقينني، كذا قالوا، وليس ذلك بلازم، إذ لو خاطب به رجلًا أو لم يخاطب أحدًا، أو خاطبها بخطاب المذكر لحنًا، أو تنزيلًا لها منزلة المذكر، ولو

تحكمًا وقصد بذلك الطلاق لزم.

● ص:

وعوقب من طلق بغير الصريح.

● ش:

يعني: أن من طلق بغير صريح الطلاق بأن طلق بكناية ظاهرة أو خفية، أو بأي كلام فإنه يعاقب بما يراه الحاكم، عوقب به عقوبة موجعة لأنه ليس على نفسه وعلى المسلمين، إذ لا يعلم ما أراد بهذه الألفاظ، وظاهره أنه يعاقب سواء حلف أو نكل فيما يلزم فيه اليمين، وقيل: لا يعاقب إذ حلف لئلا يجتمع عليه عقوبتان.

● ص:

وذكرها بمن لا تحل سفه.

● ش:

ضمير ذكرها للزوجة المعلومة من السياق، يعني: أن ذكر الزوج للزوجة، أي تسميته لها باسم من لا تحل له كالأم أو الأخت سفه، أي خلاعة ومجون، كأن يقول لها: يا أمي، ويا أختي، أو يا عمتي، أو يا خالتي، ونحو ذلك من المحارم، فذلك من الزوج سفهًا ولغوًا في الكلام مُسقط للشهادة، وفي حرمته وكراهته قولان، وإنما نهي عنه لقوله ﷺ: «أأختك هي» إنكارًا على من قال لزوجته: يا أختي.

قال الإمام العدوي: ومنه يا ستي. قال «الش»: قلت: هو خفيف لأن السيدة تصدق بعد عتقه، والنكاح إذ ذاك جائز على أن العرف شاع بها في الود والتعظيم، وللبهاء زهير:

بنفسي من أسميها بستي فنظر لي النحاة بعين مقت
وتزعم أنني قد قلت لحنًا وكيف وإنني لزهير وقتي
ولكن غادة ملكت جهاتي فلست بلاحن إن قلت ستي

وقوله: وإنني لزهير وقتي، يعني: أني مثل زهير بن أبي سلمى، فكيف أُلحن.

وزهير بن أبي سلمى شاعر جاهلي من شعراء عرب العربان لا يلحن وهو والد كعب صاحب بانت سعاد المذكور في قول البردة:

ولم أرد زهرة الدنيا التي اقتطفت ... يدا زهير بمـــــا أثنى على هرم

أي: على هرم بن سنان من أمراء الجاهلية، وأما زهير صاحب هذه الأبيات فمولد. والغادة المرأة الجميلة الناعمة المتثنية اللينة، والأغيد النزال.

يعني: أن النحاة يقولون أن ستي لحن، وهو يؤول الست بالجهات الست، وعند التأويل لا يعد لاحنًا، ولذا قال: ملكت جهاتي، أي ملك جهات الست، وحينئذٍ فلست بلاحن في قولي ستي لأن مراده الجهات الست.

وقيل: لا حاجة للتأويل لأنه قد وقعت التسمية بست وسُتيتة بالتصغير، وممن سُمي بذلك جماعات كلهن محدثات.

وقال «الش»: وأما قول نساء مصرٍ للزوج: يا سيدي فلا بأس به؛ لجواز الوطء بالملك.

وقد قلت يومًا لأبي أهلي: أنت والدي، فخطر ببالي أنه يلزمه أخوة الزوجة فتذكرت قولهم لازم المذهب ليس بمذهب.

● ص:

ومهما جرى عمل به.

● ش:

هذه قاعدة كلية، يعني: أن لزوم الطلاق وعدمه في ألفاظ الكناية السابقة مبني على العرف، والأمور العرفية تتغير بتغير العرف، فمتى جرى العرف فيها بشيء عمل به، فإذا نوى استعمالها في الطلاق فتكون من الكنايات الخفية، وإذا تحددت في العرف ألفاظ أخر غير هذه وصارت تستعمل في الطلاق فإنه يلزم بها الطلاق على حسب الاستعمال العرفي، ومثل العرف قيام القرائن، فإنه يعمل بها، فإذا قامت القرينة على عدم إرادة الطلاق فلا يلزم بها شيء.

● ص:

وإن أراد النطق بالثلاث فقال، أنت طالق وسكت فواحدة.

● ش:

يعني: أن من أراد أن يطلق امرأة بقوله: أنت طالق ثلاثًا فقال لها: أنت طالق

وسكت عن النطق بالثلاث فإنه يلزمه واحدة ولا يلزمه الثلاث؛ لأنه لم ينو الثلاث بما نطق به وإنما قصد أن يتلفظ بالثلاث فلما أخذ في التلفظ بدا له عدم الثلاث فسكت عنها.

وربما عارض هذا الفرع ما سبق لـ«عبق» في عدم تكميل الصيغة من أنه من باب وإن نواه بأي كلام لزم، وقد يجاب بأن ما سبق داخل فيه على عدم التكميل من أول الأمر فلزمه الطلاق بما قصد النطق به وهو: أنت طالق، وأما ما هنا فقد دخل على التكميل والنطق بالثلاث فبدا له عدمه فلذا لم تلزمه الثلاث.

وفي «عب»: إذا أراد التعليق على دخول الدار فقال: أنت طالق، ورجع عن تكميل الشرطية نوى في الفتوى.

● **ص:**

وفي عكسه الثلاث ولو بفتوى.

● **ش:**

العكس هو أن ينطق بالثلاث وينوي واحدة، والمعنى: أن من نوى أن ينطق بواحدة فنطق بالثلاث فإنها تلزمه الثلاث ولو في الفتوى على الأظهر كما في محشي الخرشي، ولا يعارض هذا ما تقدم من أنه يصدق في سبق اللسان لأن ما تقدم ليس معه قصد أصلًا وهذا معه قصد تقوى بالنطق بالثلاث.

● **ص:**

وإن قصده فنطق بغيره غلطًا لم يلزم.

● **ش:**

يعني: أنه إذا أراد التلفظ بالطلاق فسبق لسانه إلى غيره غلطًا فقال: كلي أو اشربي أو اسقني الماء فلا يلزمه شيء لأنه لم ينو الطلاق بهذا اللفظ.

قال مالك: من أراد أن يقول: أنت طالق فقال: كلي واشربي فلا يلزمه شيء. أي لعدم وجود ركنه وهو اللفظ الصريح، أو غيره مع نيته، بل أراد إيقاعه بلفظه فوقع في الخارج غيره فلم يقع طلاق بنيته ولا بلفظ أراده به، ولا يغني عن هذا ما تقدم في سبق اللسان لأن ذاك فيمن ليس معه قصد طلاق أصلًا.

● ص:

ولزم بالإشارة المفهمة.

● ش:

أي: المُفهمة بعرف أو قرائن، ولا يكفي مجرد القصد خلافًا لما في الخرشي من إجرائها على الكناية الخفية، والمعنى أن الطلاق يلزم بالإشارة المفهمة للطلاق بأن جرى بها العرف أو احتفى بها من القرائن ما يقطع من عاينها بدلالتها على الطلاق، وسواء وقعت من أخرس أو متكلم وإن لم تفهم المرأة ذلك لبلادتها وهي كالصريح فلا تفتقر لنية، وأما غير المفهمة فلا يقع بها طلاق ولو قصده لأنها من الأفعال لا من الكنايات الخفية خلافًا لبعضهم ما لم تكن عادة قوم كما تقدم.

ولا فرق في الإشارة بين أن تكون بيد أو رأس أو غيرها، وغير المفهمة لا يقع بها الطلاق ولو فهمت المرأة.

● ص:

ومجرد إرسال.

● ش:

عطف على الإشارة وإضافة مجرد الإرسال من إضافة الصفة للموصوف، أي الإرسال المجرد عن الوصول إليها، أي ولزم الطلاق بمجرد إرسال الطلاق إليها مع رسول، فمتى قال للرسول: أخبرني بأني طلقتها لزمه الطلاق ولو لم يصل إليها.

● ص:

وكتابة له إلا مشيراً في الكناية والإخراج ولم يصل.

● ش:

عطف على إرسال، أي ولزم الطلاق بمجرد كتابته له وإن لم يتم الكتاب فيقع بمجرد فراغه من كتابة هي طالق ونحوه فينزل كتبه للفظ الطلاق منزلة مواجهتها به لأن القلم أحد اللسانين لكن بشرط العزم عند الكتابة أو الإخراج وإلا فلا يحنث إلا بالوصول إليها، وعدم النية محمول على العزم عند ابن رشد خلافًا للخمي.

ومتى طلقت بالكتابة وكانت حائضًا أجبر على رجعتها، والمعنى أن الزوج إذا

كتب للزوجة أو وليها أنه طلقها فإنه يحنث بمجرد فراغه من كتابة الطلاق وإن لم يتم الكتاب إن كان حال الكتابة عازمًا على الطلاق أو لا نية له، أو كان مشيرًا، أو أخرجه عازمًا أو لا نية له، وصل الكتاب إليهم أم لا في جميع هذه الصور.

وأما إن كتبه مشيرًا وأخرجه كذلك فإن وصل إليها الكتاب حنث وإلا فلا كما أشار لذلك بقوله: إلا مشيرًا في حال الكتابة وفي الإخراج ولم يصل الكتاب، ومفهومه الحنث إن وصل.

فالصور ثمانية عشر يحنث في الجميع إلا صورة وحداة، وهي ما إذا كتبه مشيرًا وأخرجه كذلك ولم يصل الكتاب، وبيان هذه الصور أنه ما إن يكتبه عازمًا أو مشيرًا ولا نية لهذا تسع صور، وفي كلٍّ إما أن يصل أو لا فهذا ثمانية عشر، فمتى ما كتبه عازمًا أو لا نية له حنث مطلقًا، أخرجه عازمًا أو لا نية له أو مشيرًا فهذه ست، وفي كلٍّ إما أن يصل أو لا فهذه اثنتا عشر، وإن كتبه مشيرًا فإن أخرجه عازمًا أو لا نية له حنث، وصل إليها أو لا، فهذه أربع حاصلة من ضرب صورتي العزم وعدم النية في وصول الكتاب وعدمه فتضم الأربع لاثنين عشر تكون الجملة ستة عشر.

وإن كتبه مشيرًا وأخرجه كذلك فإن وصل حنث وإلا فلا فتضم هاتين الصورتين للستة عشر تكن الجملة ما سبق، وكلها تأخذ من «المص» رحمه الله تعالى؛ لأن قوله: وكتابه شامل للحازم ومن لا نية له بدليل استثناء المشير فهاتان صورتان في أحوال الإخراج الثلاث بستة، وفي كلٍّ إما أن يصل أو لا فهذه اثنتا عشر.

وقوله: إلا مشيرًا في الكتابة وفي الإخراج ولم يصل صورة واحدة. ومفهوم لم يصل: أنه إن وصل حنث وهذه صورة أيضًا، ومفهوم مشيرًا في الإخراج: أنه لو كتبه مشيرًا وأخرجه عازمًا أو لا نية له حنث وصل الكتاب أو لا، فهذه أربع.

وقولنا: صورتان وقبلهما ستة عشر والجملة ثمانية عشر كما ذكرنا.

وفي «ر»: إن كتب إليها: إن وصل إليك كتابي فأنت طالق، توقف الحنث على الوصول، وأما إن كتب إليها: إذا وصلك. فهل يتوقف على الوصول أو لا؟ خلاف.

وقوي القول بأنه يتوقف الحنث على الوصول بخلاف كتابته صيغة التخيير، نحو: هي طالق، أو يا فلانة أنت طالق، فلا يتوقف على الوصول، بل يقع الطلاق

بمجرد فراغه من كتابة طالق كما مر، وما ذكره «ر» خير مما في الخرشي وغيره كما قال «الش».

● **ص:**

لا بالكلام النفسي.

● **ش:**

عطف على قوله: بالإشارة، أي ولزم الطلاق بالإشارة وما بعدها لا بالكلام النفسي على الراجح، بأن يقول لها بقلبه: أنت طالق، وأما العزم على أن يطلقها ثم بدا له عدمه فلا يلزمه اتفاقًا، فالمراد النفسي أن يجري الصيغة بقلبه كما يجريها بلسانه من غير تلفظ وليس المراد به النية والتصميم على الطلاق لأن ذلك لا يلزم إجماعًا.

ثم شرع يتكلم على تكرار الطلاق بالعطف وعدمه، فقال:

● **ص:**

والعطف تأسيس ولا يلزم في البائن الانتفاء.

● **ش:**

المراد بالعطف ما يشمل العطف بالفاء أو بالواو أو بثم، والمراد بالبائن الطلاق قبل الدخول، أو طلاق الخلع، والمعنى أن العطف في الطلاق محمول على التأسيس كما هو الأصل فيه سواء كرر المبتدأ مع المعطوف أو لا، فإذا قال لها: أنت طالق ثم طلق ثم طالق لزمه الثلاث، وكذا أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق، وكذا أنت طالق وطالق وطالق، وكذا أنت طالق فأنت طالق ثم أنت طالق، فكل ذلك يلزمه فيه الثلاث لكن في غير البائن وهو الرجعي يلزم مطلقًا سواء نسقه أو لا ما لم تخرج من العدة.

وأما البائنة فلا يلزم فيه الطلاق المعطوف إلا نسقًا فيرتدف، فإذا كانت غير مدخول بها وكرره نسقًا لزمه بقدر ما كرر، وإن لم ينسقه فلا يرتدف عليها شيء لأنها بانت بالأول، وإذا خالع زوجته ثم أتبع الخلع طلاقًا مرة وأكثر بلا فصل لزمه، وإن فعل بعد الخلع ثم طلق فلا يترتدف.

والحاصل: أنه يرتدف الطلاق في الرجعي مطلقًا، وفي البائن إن نسقه لا إن فعل.

وبعبارة: إذا عطف صيغة طلاق على صيغة أخرى فإن هذا العطف تأسيس على أصله، أي إنشاء لطلاقٍ آخر، لكن لا يلزم الطلاق المعطوف في البائن إلا إذا كان نسقًا، أي متصلًا بالمعطوف عليه بلا فصل بكلام أو سكوت اختيارًا لا اضطرار بسعال ونحوه.

أما إذا كان غير نسق بأن فصل بكلام أو سكوت اختياري فلا يلزم لانقطاع العصمة بالأول فلا يجد الثاني محلًا، وإنما لزم مع النسق لأن عدم الفصل صير المعطوف مع المعطوف عليه كالصيغة الواحدة.

وقولنا: تأسيس على أصله يندفع به ما قد يقال: إن العطف قد يكون مرة ناوٍ للتغير وللتأكيد.

وحاصل الجواب أن هذا خلاف الأصل، والأصل التأسيس والمغايرة فلا يقبل منه شيء من ذلك.

ولما أفهم قوله: إلا نسقًا؛ أنه يلزمه ما أردفه في البائن إذا كان نسقًا ويتكرر عليه بقدر ما كرر شبه في ذلك قوله:

• **ص:**

كمع طلقتين.

• **ش:**

أي: كما لزمه ما أردفه ويتعدد عليه الطلاق إذا قال لها: أنت طالق طلقة مع طلقتين أو مصحوبة بهما أو فوقهما أو تحتهما، فإذا قال لها شيء من هذه الألفاظ لزمه بذلك ثلاث دخل بها أو لا.

ثم عطف على المشبه قوله:

• **ص:**

وكأن كرره بلا عطف إلا أن ينوي تأكيداً ولو يعلق بعدد كـ: إن كلمت إنساناً ثم فلاناً.

• **ش:**

يعني: أنه إذا كرر الطلاق بلا عطف في المحمول - أي الخبر - أو في الجملة، أي

جملة الموضوع، والمحمول نحو: أنت طالق أنت طالق، فإنه يلزمه بقدر ما كرر من اثنين أو ثلاث في غير البائن، وكذا البائن إن نسقه ولو حكمًا كفصله بسعال، فالمراد بالنسق المتابعة بلا فصل بكلام اختياري، أي لا بسعال ونحوه، ومحل لزوم التكرار إذا لم ينو التأكيد باللفظ الثاني والثالث فإن نوى التأكيد صدق بيمين في القضاء وبغيرها في الفتوى بخلاف العطف فلا تنفع فيه نية التأكيد معلقًا كما تقدم لأن العطف ينافي التأكيد.

وقوله: ولم يعلق بمتعدد؛ قيد في التأكيد، أي إلا لنية تأكيد، والحال أنه لم يعلق الطلاق بمتعدد، يعني: أن نية التأكيد إنما تنفع إذا لم يعلق الطلاق بمتعدد بأن لم يكن تعليق أصلًا بأن نجزه نحو: طالق طالق طالق، أو كان تعليق بمتحد نحو: أنت طالق أنت طالق إن دخلت الدار مثلًا، أو أنت طالق إن دخلت الدار وأنت طالق إن دخلت الدار أنت طالق إن دخلت الدار، فإذا دخلت الدار وقال: نويت التأكيد فإنه يقبل منه ذلك، وكذا إذا قال لها: إن كلمت زيدًا فأنت طالق إن كلمت زيدًا فأنت طالق إن كلمت زيدًا فأنت طالق، فكلمته فادعى نية التأكيد فإنها تقبل منه.

أما إذا تعلقه بمتعدد فلا تقبل منه نية التأكيد نحو: أنت طالق إن دخلت الدار أو أنت طالق إن كلمت زيدًا، أنت طالق إن أكلت الرغيف، فإذا فعلت الثلاث لزمه الثلاث ولا تقبل منه نية التأكيد لتعدد المحلوف عليه.

وكما إذا قال لها: أنت طالق إن كلمت إنسانًا أنت طالق إن كلمت فلانًا، فإذا كلمته لزمه طلقتان لأن جهة الخصوص غير جهة العموم لأن الشيء في نفسه غيره مع غيره فلا يقال: إن فلانًا يندرج في إنسان فلا يلزمه إلا واحدة، فقول «المص»: إن كلمت إنسانًا... إلخ؛ مثال للتعليق على متعدد.

وأولى إذا قال لها: إن كلمت زيدًا فأنت طالق إن كلمت عمرًا فأنت طالق فإنه يلزمه طلقتان.

والحاصل: أنه إذا كرر الطلاق بغير عطف وادعى التأكيد فإنها تقبل نيته في المدخول بها وغيرها إذا لم يعلقه بمتعدد بأن لم يعلق أصلًا أو علقه بمتحد، أما إذا

علقه بمتعدد فلا تقبل منه نية التأكيد.

• ص:

وإن طلق فقيل له: ما فعلت؟ فأجاب في الرجعة بمحتمل الإنشاء فالأقرب حمله على الإخبار.

• ش:

يعني: أن من طلق زوجته التي دخل بها طلاقًا رجعيًا لم تنقض عدته فقال له شخص: ما فعلت؟ فأجاب بلفظ محتمل الإخبار بالطلاق السابق والإنشاء لطلاق آخر نحو: هي طالق ولم ينو إخبارًا ولا إنشاءً فهل تلزمه بها اللفظ طلقه ثانية حملًا على الإنشاء أو لا تلزمه إلا الأولى حملًا على الإخبار فلا يلزمه إلا الأول، وظاهر أنه يعمل بالنية والنص على الإنشاء والإخبار، فإذا نوى الإنشاء أو نص عليه لزمه طلقة أخرى اتفاقًا، وإذا نوى الإخبار أو نص عليه فلا تلزمه إلا الأولى اتفاقًا، كما إذا لم يدخل لها أو كان الطلاق بائنًا أو رجعيًا وانقضت عدته فلا يلزمه إلا الأولى اتفاقًا.

ومحل الخلاف في القضاء، أما في الفتوى فيصدق اتفاقًا، ثم إذا قلنا بلزوم واحدة وكان تقدم له عليها طلقة وأراد رجعتها فإنه لا يمكن من الرجعة إلا بيمين أنه لم ينو الإنشاء، فإن لم يتقدم له فيها طلاق فلا يلزمه يمين لأنه يملك رجعتها.

• ص:

وفي واحدة في واحدة، أو بما لا يقتضي التكرار كمتى ما وإذا ما لا كلما وكرر واحدة.

• ش:

في واحدة جار ومجرور متعلق بمحذوف خبر مقدم، وقوله: واحدة الآتي مبتدأ مؤخر، أي مطلقة واحدة لازمة للزوج في قوله: أنت طالق واحدة في واحدة.

وقوله: أو بما لا يقتضي... إلخ، عطف على الخبر.

وقوله: وكرر، أي كرر الفعل المرة بعد الأخرى وهو البناء للمجهول، أي كرر الفعل المعلق عليه الطلاق بمتى ما وإذا ما، أعم من أن يكون المكرر الحالف أو

غيره وهذا نص على المتوهم فأولى إن لم يكرره.

يعني: أن الزوج إذا قال لزوجته: أنت طالق واحدة في واحدة، فإنه يلزمه بذلك طلقة واحدة وربما كان هذا شأن عند عامة مصر فتكون في بمعنى مع كما في قوله تعالى: ﴿ٱدْخُلُواْ فِيٓ أُمَمٍ﴾ [الأعراف:٣٨].

وقيل: إن عرف الحساب فواحدة وإلا فاثنتان، وكذا يلزمه طلقة واحدة إذا علق الطلاق بأداة شرط لا تقتضي التكرار، نحو: متى ما أو إذا ما، فإذا قال لها: متى ما وإذا ما دخلت الدار فأنت طالق، وكررت الدخول فإنه يلزمه بذلك طلقة واحدة وأولى إن لم تكرر، وسواء قرنت متى أو إذا بما أو لا.

وإذا قال لها: متى ما أو إذا ما كلمت زيدًا فأنت طالق، وكلمته مرة أو أكثر لزمته طلقة واحدة وانحلت يمينه فكأن كلمته بعد ذلك لم يلزمه شيء ولو كانت في عصمته إلا أن ينوي تكرار الحنث أو ينوي بمتى ما معنى كلما وإن لم يلاحظ التعدد وتمثيله بمتى ما تمثيل بالمتوهم الأخفى، فإن المناطقة يجعلونها سورًا كليًا مثل كلما، ولكن روعي هنا العرف من إرادة الفورية فيعني: متى دخلت الدار فأنت طالق، أنها تطلق بمجرد دخولها فلا يتكرر الطلاق بتكرار الدخول إلا أن ينوي ذلك.

وأما إن نحو: إن دخلت الدار فأنت.. فظاهر أنها لا تقتضي التكرار فلذا لم يمثل بها، فإذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق فلا يتكرر عليه الطلاق بتكرار الدخول بل يقع الطلاق بدخولها أول مرة فقط، فإذا دخلت بعد ذلك مرة أو أكثر فلا يتكرر عليه الطلاق.

وأما كلما فإنها تقتضي التكرار، فإذا قال لها: كلما دخلت الدار فأنت طالق، وكررت الدخول فإنه يتكرر عليه الطلاق بتكرار الدخول، وإذا قال لها: أنت طالق كلما حضت، أو كلما جاء يوم حيضك، أو شهره، فيقع عليه الثلاث من الآن؛ لأنه محتمل غالب وقصده التكثير كطالق مائة مرة ولا ينتظر بوقوعه حيضها، وهذا فيمن تحيض أو يوقع حيضها كصغيرة، وأما الأبية ومن شأنها عدم الحيض وهي شابة فلا شيء عليه فيها، وإذا قال لها: كلما طلقتك فأنت طالق وطلقها واحدة لزمه ثلاث

لأن فاعل السبب وهو الشرط المعلق عليه هو فاعل المسبب وهو الجواب وتحل له بعد زوج.

كما إذا قال لها: أنت طالق كلما حليت حرمت، فإنها تطلق عليه ثلاثًا وتحل له بعد زوج إلا أن ينوي التأبيد فلا تحل له أبدًا، وذكر في الأصل أنه إذا قال لها: كلما طلقتك فأنت طالق، أو ما متى طلقتك فأنت طالق، أو إذا ما طلقتك أو وقع عليك طلاقي فأنت طالق، وطلقها واحدة في هذه الصور الأربع فإنه يلزمه الثلاث؛ لأن فاعل السبب فاعل المسبب فيلزم من وقوع الأولى وقوع الثانية ومن وقوع الثانية وقوع الثالثة بمقتضى التعليق، فالثانية لما وقعت مما هو فعله وهي الأولى صارت الثانية فعله أيضًا، فكأنه طلقها اثنتين فتقع الثالثة بمقتضى أداة التكرار قال «حش»: وأما إن طلقتك فأنت طالق فطلق واحدة لزمه ثانية، أي ولا تلزمه الثالثة، لأن إن ليست من الأدوات التي تقتضي التكرار.

ولما قدم أن الأداة التي لا تقتضي التكرار يلزم بها واحدة فقط ذكر أنه إذا قال لها: أنت أبدًا فيه خلاف، فقيل يلزم به واحدة كأداة لا تقتضي التكرار وقيل ثلاث، فقال:

• ص:

وهل كذلك طالق أبداً وثلاث خلاف.

• ش:

يعني: أن الزوج إذا قال لزوجته: أنت طالق أبدًا فهل يلزمه طلقة وحدة مثل الأداة التي لا تقتضي التكرار وعليه اقتصر الأصل أو يلزمه ثلاث لأن التأبيد ظاهر فيها؟ في ذلك خلاف كما في «عب» وغيره واعتمد بعضهم الثاني، ومثل ذلك: طالق إلى يوم القيامة، فيجري فيه الخلاف السابق في أبدًا، ووجه القول بلزوم الواحدة فقط أنه إذا طلقها ولم يراجعها فقد تأبد حكم طلاقها ومحل القولين إذا لم ينو كلما تزوجتك فأنت طالق، وإلا فلا تحل له كنية التأبيد السابقة في كلما حليت حرمت وأما إذا أراد كلما حل العقد عليك حرم، فهذا لغو باطل؛ لأن الله أحله فلا يغتر تحريمه، ويجري على ما هنا كلما حللك شيخ حرمك شيخ، فإذا نوى به كلما

تزوجتك فأنت طالق تأبد تحريمها عليه، ولا تحل له بعد زوج وإن نوى كلما حل العقد عليك حرم فهو لغو فله العقد عليها وتطلق عليه بعده ويتكرر عليه الطلاق بتكرر العقد ولا يمكن من وطئها.

وبعبارة: إذا قال لها: أنت طالق ثلاثًا كلما حليت حرمت فإن أراد إن حليت الزوج الثاني لا تحلها فإنها تحل له بعد زوج لأن إرادته ذلك باطلة شرعًا لأن الله أحلها بعده، وإن أراد إن حليت بعد زوج ثم تزوجها فهي حرام عليه تكرر عليه الطلاق بتكرر التزوج إن كانت الصيغة تقتضي وإلا فلا يتكرر عليه الطلاق، وقيل: يتأبد تحريمها عليه حيث كانت الصيغة تقتضي التكرار ويجري مثل ذلك فيما إذا قال: كلما حللك شيخ أو مذهب حرمك آخر.

● ص:

وواحدة في اثنتين، اثنتان.

● ش:

يعني: أن من قال لزوجته: أنت طالق واحدة في اثنتين لزمه اثنتان وربما جعله العامة ثلاثًا، وقيل: اثنتان إن عرف الحساب وإلا فثلاث.

ولما كان حكم تجرية الطلاق أنه يكمل أشار إلى ذلك، فقال:

● ص:

كنصف طلقة وربع طلقة.

● ش:

هذا شبه بما قبله في لزوم الاثنتين، يعني: أن من قال لزوجته: أنت طالق نصف طلقة وربع طلقة فإنه يلزمه طلقتان، وكذا نصف طلقة وسدس طلقة وكذا ثمن طلقة وتسع طلقة أو سبع طلقة وخمس طلقة فكل ذلك يلزم فيه اثنتان لإضافة طلقة صريحًا إلى كل كسر فكل من الكسرين أخذ مميزه فاستقل.

وبعبارة: إذا قال لها: أنت ربع طلقة ونصف طلقة لزمه طلقتان لأن كل جزء من الربع والنصف المذكورين مضاف إلى طلقة غير التي أُضيف إليها الآخر فكل منهما أخذ مميزه فاستقل ولأن النكرة إذا أعيدت نكرة فالثانية غير الأولى.

وإذا قال لها: أنت طالق نصف طلقة وربع طلقة وسدس طلقة لزمه ثلاث لأن كل واحد من الكسور الثلاثة أضيف إلى طلقة غير التي أضيف إليها غيره، فكل منها أخذه مميزه فاستقل بخلاف ما إذا اتحد المضاف إليه، نحو: أنت طالق نصف وربع طلقة فإنه يلزمه واحدة، أو نصف وثلث طلقة فإنه يلزمه واحدة لرجوع الجر بين إلى طلقة واحدة لذكر الطلقة في المعطوف دون المعطوف عليه.

وكذا إذا قال لها: أنت طالق نصف طلقتين أو نصفي طلقة ونحو ذلك من الأجزاء العشرة طلقة فإنه يلزمه طلقة واحدة، وأولى يلزمة طلقة واحدة فقط إذا ذكر كسرًا واحدًا، وأضافه لطلقة نحو سدس طلقة أو ربع طلقة أو ثلث طلقة أو تسع طلقة، ونحو ذلك فإنه يلزمه واحدة.

وإذا ذكر كسورًا متعددة وأضافها لطلقة وكانت الكسور تزيد على الطلقة فإنه يلزمه الزائد أيضًا كما إذا قال لها: أنت طالق نصف وثلث وسدس وربع طلقة فإنه يلزمه طلقتان، وإذا قال لها: أنت طالق نصف وثلثي طلقة لزمته طلقتان لأن الأجزاء المذكورة تزيد على طلقة، وإذا قال: ثلاثة أنصاف طلقة أو أربعة أثلاث طلقة لزمه اثنتان لزيادة الأجزاء، وإذا قال: خمسة أنصاف طلقة لزمه ثلاث وهكذا فقس.

• ص:

وإن تزوجتك مع إن تزوج من بلدها.

• ش:

عطف على المشبه الذي يلزم فيه طلقتان، أي أن قوله: إن تزوجتك فأنت طالق، مع قوله: إن تزوجت من بلدها فالتي أتزوجها طالق، يلزم به طلقتان، انظر ما سبق في فلان وإنسان من أن جهة الخصوص غير جهة العموم، يعني: أنه إذا قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، ثم قال: كل من أتزوجها من قرية كذا طالق مشيرًا إلى قريتها ثم تزوجها فإنه يلزمه طلقتان، واحدة بالخصوص والأخرى باندراجها في عموم القرية.

وظاهر قوله: مع... إلخ، أنه لا فرق بين أن يقدم تعليق الطلاق على زواج المرأة على الزواج من البلد أو عكسه، وفي «خ» إن عكس المسألة وهو قوله: كل امرأة

أتزوجها من بلـد كذا فهي طالق، ثـم قـال لامرأة من تلك البلَـدة: إن تزوجتك فأنت طـالق، ثم تزوجها يلزمه به طلـقة واحدة على ما استصـوبه شيخ ابن ناجي عكس ما ارتضـاه ابن ناجي من لزوم طلقتـين، ووجه المستصوب أنه لمـا علق الطلاق بالمرأة بقوله: كل امـرأة أتزوجها من بلد كذا فهي طالق وهي مـن جملة نساء البلد المذكورة فلا يتعلق بها الطلاق ثانيًا.

● ص:

والطلاق كله إلا نصفه أو نصفاً إلا نصف الطلاق فالثلاث.

● ش:

يعـني: أنه إذا قال لـزوجته: أنت طـالق الطلاق كله إلا نـصفه، فإنه يلـزمه بذلك طلقتـان لأن نصف الطلاق طلـقة ونصف فـتكمل عليه الـثانيـة لأن حكم التجـزئة التكميل، وكذا إن قـال لها: أنت طالق الطلاق كله إلا نصفًـا فإنه يلزمه طلقتان؛ لأن المشـار نصف ما سبق وهـو الطلاق كله، فلا فرق بين أن يقـول: إلا نصفه أو نصفًا، وكـذا إذا قال لها: أنـت طالق ثلاثًا إلا نـصفها فإنه يلـزمه طلقتان، وأمـا إذا قا ل لها: أنت طالق الطلاق كله إلا نـصف الطلاق فإنه يلزمه الثـلاث لأن المعرفة إذا أُعيدت معرفة كانت غير الأولى لأنه لو أريد عـينها لذكر ضميرها ولذا احتيج لنكتة الإظهار في موضع الإضمار، وأمـا الضمير فالأصل فيـه الاتحاد والاستخدام خلاف الأصل إذًا.

وكذا يلزمه الثلاث إذا قـال لها: أنت طالق ثلاثـا إلا نصف الطلاق، ففرق بين أن يقـول نصفه أو نصف الطلاق فيلـزمه مع الضمير الراجع إلـى الطلاق أو إلى الثلاث طلقتـان ومع الظـاهر يلـزمه ثلاث، فإن قـلت: يمكن أنه أظـهر في مقـام الإضمار، والأصـل إلا نصفه، فلمـا الإظهار فـي مقام الإضـمار؟ خلاف الأصـل كما مـر ولذا يحتاج لنكتة كما تسمعهم يقولون: أظهر في مقام الإضمار لنكتة كذا وكذا.

وإذا قـال لها: أنـت طالـق ثلاثًا أو الـطلاق كله إلا نصف طـلقة، أو طـالق اثنين ونصف فإنه يلزمه الثلاث بالأولى من أنت طالق الطلاق كله إلا نصف الطلاق.

ثم شبه في لزوم الثلاث قوله:

● ص:

كأن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا.

● ش:

يعني: أنه إذا قال لزوجته: إن طلقت فأنت طالق قبله ثلاثًا وطلقها واحدة فإنه يلزمه الثلاث، الفاء للقبلية، أي يلغي قوله قبله، كقوله: أنت طالق أمسي فإن لم يطلقها فلا شيء عليه ولم يلتفتوا في هذه المسألة للدور الحكمي.

قال «الش»: وقد بيناه في حواشي النشوري على الرجبية، وقاعدة الدور الحكمي أن كل شيء تضمن إتيانه نفيه انتفى من أصله، فلو نظروا له لم يلزم الطلاق أصلًا لأنها إذا طلقها واحدة.

وقولنا: يلزمه ثلاث قبلها لم تجد الواحدة محلًا فتنتفي، وإذا انتفت الواحدة انتفى الثلاث المعلق عليها وكذا وهي المسألة السريجية نسبة لابن سريج من الشافعية.

قال «الش»: تقليده فيها ضلال مبين.

وبعبارة: إذا قال لها: إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاث وطلقها واحدة فإنه يلزمه الثلاث لوقوع المعلق مع المعلق عليه إن واحد ويلغي قوله قبله ولو اعتبر قوله قبله لأدى للدور الحكمي المؤدي لعدم وقوع الطلاق عليه أبدًا لأنه إذا طلقها واحدة وقلنا: يلزم الثلاث قبلها لم تجد الواحدة محلًا فتنتفي وإذا انتفت انتفى الثلاث المعلق عليها وهكذا.

● ص:

أو اثنين في اثنين.

● ش:

عطف على ما يلزم فيه الثلاث، يعني: أنه إذا قال لزوجته: أنت طالق اثنين في اثنين فإنه يلزمه الثلاث عرف الحساب أو لم يعرفه ويسقط الزائد وهو طلقة.

● ص:

وإن قال: بينكن كذا من الطلاق كمل كسر كلٍ.

● ش:

تقدم أن الكسر في الطلاق حكمه التكميل فإذا قال لزوجاته: بينكن كذا من

الطلاق كطلقة أو أربع أو تسع فإنه يكمل على كل من الزوجات كسرها، فإذا كنَّ أربعًا وشرك بينهن في طلقة إلى أربع لزمه في كل واحدة من الزوجات طلقة واحدة لأنه قد ناب كل واحدة ربع طلقة أو نصف طلقة أو ثلاثة أرباع طلقة فكمل عليها، وإن شرك بينهن في خمس طلقات فأكثر إلى تسع لزمه في كل زوجة طلقتان. وإن شرك بينهن في تسع فأكثر طلقت كل واحدة ثلاثًا لأنه باب كل واحدة من التسع طلقتان وربع فكملت عليها الثالثة. وإن قال: بينكن عشرة ناب كل واحدة طلقتان وثلاثة أرباع فكملت الثالثة، وأما الاثنى عشر طلقة فظاهر أنه ينوب كل واحدة ثلاث.

ثم شبه في التكميل قوله:

● ص:

كالشريك على الراجح.

● ش:

يعني: لا فرق بين أن يقول: بينكن كذا أو شركت بينكن في كذا على الراجح وفاقًا لابن القاسم وخلافًا لسحنون، فإذا قال لزوجاته الأربع: شركت بينكن في طلقة أو طلقتين أو ثلاث أو أربع فإن كل واحدة تطلق عليه طلقة واحدة.

وإن شرك بينهن في خمس إلى ثمان لزمه طلقتان في كل زوجة، وإن شرك بينهن في تسع فأكثر لزمه الثلاث في كل زوجة، فلا فرق عند ابن القاسم بين أن يقول: بينكن أو شركتكن في ثلاث مثلًا، وقال سحنون: إذا شرك أربعًا في ثلاث فأكثر طلقت عليه كل واحدة بالثلاث، وعليه إذا أشرك الأربع في اثنتين طلقت كل واحدة طلقتين، وسحنون هو الإمام الجليلي الأفريقي مدون المدونة عن إمامه ابن القاسم، والأشهر فتح سينه عند الفقهاء، واسمه عبد السلام.

● ص:

وإن طلقها ثلاثًا ثم قال لأخرى، وأنت شريكتها ولثالثة شريكتهما فالوسطى اثنين وهما ثلاثًا.

● ش:

للثانية: وأنت شريكتها، ثم قال للثالثة: وأنت شريكتهما، فالحكم في ذلك أن الوسطى تطلق عليه طلقتين لأنه لما أشركها مع الأولى نابها طلقة ونصف فكملت لها الثانية إلا أن يكون العرف: وأنت مثلها، فثلاث، وأما الأولى والثالثة فتطلق كل منهما بالثلاث، أما الأولى فظاهر، وأما الثالثة فإنه لما أشركها مع الأولى نابها منها طلقة ونصف فكملت عليه طلقتان، ولما أشركها مع الثانية نابها منها طلقة واحدة ومجموع ذلك ثلاث.

فقوله: وهما، أي الأولى والثالثة تطلق كل منهما ثلاثًا، ولو قال للثالثة: وأنت شريكتها بالإفراد ولم يعلم هل أراد رجوع الضمير للأولى أو للثانية فالاحتياط إرجاعه للأولى فتطلق الثالثة طلقتين، ولو قال للأولى: أنت طالق ثلاثًا البتة أو اقتصر على البتة فقال: أنت طالق البتة، ثم قال للثانية: وأنت شريكتها وللثالثة: وأنت شريكتهما، طلقت كل واحدة منهن البتة ولا ينفعه قوله: ثلاثًا لأنه لغو مع البتة قدمت أو أخرت، والبتة لا تبعض والحكم كذلك في هذه ولو قال للثالثة: وأنت شريكتها بالإفراد، وهذا كله على قول أصبغ لأن البتة لا تتبعض، وقال أشهب وسحنون: تتبعض، قال ابن رشد: وهو الصحيح.

● ص:

وأدب المجزئ ومطلق الجزء.

● ش:

يعني: أن من جزأ الطلاق بتشريك أو غيره فإنه يؤدب لإيهامه العوام أن الطلاق يتجزئ، وكذا يؤدب من علق الطلاق على القول بمنع التعليق لا على القول بكراهته، وكذا يؤدب من أوقع الطلاق على جزء المرأة سواء كان الجزء شائعًا كبعضك طالق، أو ربعك طالق، أو نصفك طالق، أو عشرك طالق. أو معينًا كـ: يدك طالق أو رجلك طالق أو عينك أو أذنك طالق.

وأدب المجزئ ومطلق الجزء تقتضي تحريم التجزئة وطلاق الجزء وهو كذلك، والمُجَزِّئ بضم الميم وفتح الجيم وكسر الزاي مشددة آخره همز، اسم فاعل جزأ بالتثقيل.

● ص:

ولزم بكل ما يلتذ به كالكلام والريق.

● ش:

أي: ولزم الطلاق بكل ما يلتذ به من محاسن المرأة كالكلام والعقل والريق والشعر إذا قصد به الشعر المتصل، أو لا قصد به، فإن قصد به الشعر المنفصل فلا يلزمه به طلاق كالسعال والبصاق والدمع، كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

لا كالدمع.

● ش:

أي: لا يلزم الطلاق بالدمع ونحوه مما لا يلتذذ به كالسعال والبصاق وهو المنفصل من الفم بخلاف الريق، وكذا لا تطلق بالعلم، فإذا قال لها: دمعك طالق أو سعالك طالق أو بصاقك طالق أو علمك طالق فلا يلزمه شيء؛ لأن ذلك لا يتلذذ به في المرأة.

ووقع في كبير بهرام عن ابن عبد الحكيم أنه لا يلزم الطلاق بتطليق الكلام لأن الله تعالى حرم رؤية أمهات المؤمنين ولم يحرم كلامهن على أحد فدل ذلك على أنه إذا قال لها: كلامك طالق لا تطلق عليه لأنه غير محرم من الأجنبية وهذا القول ضعفه ظاهر لأن الطلاق ليس مرتبط بحل ولا حرمة ألا ترى أن وجه الأجنبية غير حرام وتطلق به الزوجة إذا قال لها: وجهك طالق. أفاده «الش».

وقوله: لأن الطلاق ليس مرتبطًا... إلخ، معناه أنه لا يتم كلام ابن عبد الحكيم إلا لو شرطنا فيما يلزم به الطلاق أن يحل به المرأة ويحرم بحرمتها، وهذا لا يشترط لأن الطلاق ليس له ارتباط بذلك في محشي الخرشي عن بعض مشايخه أنه إن قال: اسمك طالق لم يلزمه الطلاق لأن الاسم من المنفصل، وهذا أيضًا ضعفه ظاهر لأن كل حكم ورد على لفظ فهو وارد على مسماه حتى قيل: إن اسم ربك الأعلى معناه: سبح ربك خصوصًا.

وقد قيل: الاسم عين المسمى، وأيضًا فقد تنطق المرأة باسمها فيكون من جملة

كلامها وهي تطلق بـه وهي بعض الأسماء الحسنة له مدخل في التلذذ فيكون اسمها من جملـة ما يلتذ به علـى أنه إذا قال لها: اسمك طـالق أوهم أن الطلاق صار سمت لـك وعلامة عليك والـطلاق يقع بأدنـى سبب للاحتيـاط في الفروج. هـذا توضيح كلام «الش».

● ص:

استثناء اتصل ولم يستغرق.

● ش:

يعني: أنه يصح في الطلاق الاستثناء بإلا أو إحدى أخواتها بشروط:

الأول: أن يـتصل المستثنى بـالمستثنى منه، نحـو: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة إن دخلت الدار.

أو بالمعلق عليه نحـو: أنت طالق ثلاثًا إن دخلت الدار إلا اثنين، فإن انفصل منه اختـيارًا بسكون أو كلام لـم يصح ولا يقر الفصل بعطـاس أو سعال ونحو ذلك، ولا تفترق سكتة التفكر.

وكـما يصح الاستثناء من عـدد الطلاق يصح الاستثناء أيـضًا من عدد الزوجات، نحو: هن طوالق إلا زينب.

الـشرط الـثاني: أن لا يستغـرق المستـثـنى منه كقـوله: أنت طالـق ثلاثًا إلا اثنين فيلزمه واحدة فإن استغرقه بأن كان قدره أو أكثر لم يصح إجماعًا نحو: أنت طالق إلا ثلاثًا أو إلا اثنـتين وربعًا أو إلا ثلاثًا وربعًـا فيلزمه الثلاث، فلا فـرق بين الاستغراق بالذات أو بالتكميل.

وعلم مما قررنا أن مراده بالمستغـرق ما يشمل المساوي ولو قال: ولم يساو لفهم منه المستغرق بالأولى.

الشرط الثالث: القصـد بأن يكون الاستثناء محرزًا للقصد، أي حاويًا له ومشتملًا عليه، كما يفيده «الش»، إذا جرى الاستثناء على لسانه من غير قصد فلا يفيده الواقع أن ينطق به ولـو بحركة اللسان كما في الإيـمان لا أن لم ينطق به فلا يفيده ولو أجراه على قلبه ولا ينفع تحريك اللسـان من غير إسماع فـي حقوق الآدميين؛ لأن اليمين

على نية المحلف لا الحالف.

ثم فرَّع على الشرطين المذكورين في كلامه قوله:

● ص:

ففي ثلاث إلا ثلاثًا أو إلا اثنتين ثم إلا واحدة بعدهما ثنتان، ورجع في الأول واحدة.

● ش:

قوله: ففي ثلاث؛ قال «الش»: وفي معناها البتة بناء على أنها تتبعض حتى يصح الاستثناء منها، والفاء للتفريع، والجار متعلق بمحذوف خبر مقدم، وثنتان مبتدأ مؤخر.

وقوله: إلا واحدة بعدهما، أي بعد قوله: إلا ثلاثًا، وبعد قوله: إلا ثنتين، فاشتمل كلامه رحمه الله تعالى على فرعين:

الأول: أن يقول لها: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا إلا واحدة فيلزمه طلقتان لأن استثناء الثلاث من نفسها لغو فكأنه قال لها: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة فتلغي الثلاث بعد الثلاث كذا في الأصل تبعًا لابن شاس.

الفرع الثاني: أن يقول لها: أنت طالق ثلاثًا إلا اثنين إلا واحدة فيلزمه طلقتان لأن الاستثناء من النفي إثبات ومن الإثبات نفي، فقوله: أنت طالق ثلاثًا إثبات، وقوله: إلا اثنين نفي من الثلاث فصار المثبت واحدة، وقوله: إلا واحدة إثبات من الاثنتين المنفيتين فتضم هذه الواحدة المثبتة للأولى فكأنه قال: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة فيقع عليه طلقتان.

وبعبارة: إنما لزمه الثلاث في هذا الفرع لأن الاستثناء من النفي إثبات وعكسه فقوله: ثلاث إثبات، وقوله: إلا اثنتين نفي أخرج منه فبقيت واحدة، ثم أثبت من الاثنتين واحدة تضم للأولى فاللازم اثنتان، ورجع في الفرع الأول وهو ثلاثًا إلا ثلاثًا إلا واحدة أنه يلزمه واحدة لأن الثلاث الثانية أخرج منها واحدة فيبقى اثنان يخرجان من الثلاث الأولى فيبقى منها واحدة هي اللازمة له، كذا لابن الحاجب، قال ابن عرفة: وهو الحق.

● ص:

وفي واحدة واثنين إلا اثنين واحدة إن كان من المجموع وإلا فثلاث.

● ش:

في واحدة جار ومجرور خبر مقدم وواحدة مبتدأ مؤخر، أي واللازم في قوله: أنت طالق واحدة أو اثنتين إلا اثنتين فإنه يلزمه طلقة واحدة إن كان الاستثناء من مجموع المعطوف والمعطوف عليه؛ لأنه أخرج اثنتين من ثلاث غالبًا في واحدة، وكأنه قال: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة، فإن لم يكن الاستثناء من المجموع بل من الأول أو من الثاني أو لا نية له فيلزمه الثلاث في كل الصور الثلاث على الراجح في الثالثة، فقوله: وإلا؛ يشمل عدم النية وهو الأحوط، والعطف بغير الواو من بقية الحروف العاطفة كالواو.

ويجري على هذا التفصيل ما إذا قال لها: أنت طالق واحدة وواحدة واحدة إلا واحدة، فإن كان من المجموع لزمه اثنتان وإلا فثلاث بخلاف جاء زيد وعمر وبكر إلا بكرًا فيمتنع للتناقض، فإن الأشخاص تراد لخصوصها بخلاف الواحدة فلا غرض في خصوصها، وتوقف القرافي في طالق أولى وثانية وثالثة إلا ثالثة فهل يجري اختلاف الأوصاف على اختلاف الأشخاص، ويمتنع فتلزم الثلاث أو يجري على تفصيل الواحدات.

ولما اختلف في اعتبار الزائد على الثلاث لوجوده لفظًا فيصح الاستثناء منه وعدم اعتباره بأن يلغي ولا يصح الاستثناء منه لأنه معدوم شرعًا فهو كالمعدوم حسًا، وكان الراجح الأول، أشار له بقوله:

● ص:

والراجح اعتبار ما زاد على الثلاث ففي خمس إلا اثنتين ثلاث، واستظهر اعتبار الأحوط، ففي خمس إلا ثلاثًا ثلاث.

● ش:

يعني: أن الراجح من الخلاف أنه يعتبر ما زاد على الثلاث إن بقيت العصمة كليها أو ما زاد على الباقي إن كان ذهب منها شيء بطلقة أو طلقتين، ويعتبر في

العبد ما زاد على اثنتين، فإذا قال لزوجته: أنت طالق خمسًا إلا اثنتين يلزمه ثلاث، وعلى إلغاء الزائد على الثلاث يلزمه واحدة، وإذا قال لها: أنت طالق خمسًا إلا ثلاثًا فعلى اعتبار الزائد يلزمه الثلاث لبطلان الاستثناء بالاستغراق حيث ألغى الزائد، واستظهر بعضهم اعتبار الأحواط كما هو في «عب».

ففي خمس إلا ثلاثًا يلزمه الثلاث على الإلغاء لأنه أحوط للفروج، وإن كان على الاعتبار اثنتان كما مر.

وبعبارة: استظهر بعضهم اعتبار الأحوط من الأمرين سواء كان الأحوط اعتبار الزائد وعدم اعتباره، ففي خمس اثنتين يلزمه الثلاث بناء على اعتبار الزائد لأنه أحوط، وفي خمس إلا ثلاثًا يلزمه الثلاث بناء على عدم اعتبار لزائد لأنه أحوط لأن الاعتبار يقتضي لزوم اثنتين، وإذا قال لها: أنت طالق مائة إلا تسعة وتسعين فإن اعتبر الزائد لزمه واحدة، وإن ألغى لزمه الثلاث، فالأحوط الإلغاء فتلزمه الثلاث.

ثم شرع يتكلم على تعليق الطلاق على أمر مقدر وقوعه في الماضي أو المستقبل وحكم التعليق الكراهة، وقيل: الحرمة فقال:

● ص:

ونجز إن علق على واجب ولو عادة أو شرعًا ماضيًا أو مستقبلاً كعند موتي أو موتك لا بعده.

● ش:

نائب فاعل نجز وعلق ضمير يعود على الطلاق المتقدم ذكره، وقوله: نجز أي حكم الشرع بوقوعه حالًا من غير احتياج إلى حكم حاكم، وقوله: على واجب يشمل امتناع الممتنع؛ أي أن انتفاء الممتنع من الواجب فالتعليق على الممتنع الذي ذكره الأصل من حيث عدمه يرجع للواجب الذي ذكره «المص» فقال: التعليق على انتفاء الممتنع أن يقول: إن لم أشرب البحر أو إن لم أحمل الجبل أو إن لم أصعد السماء أو إن لم أجمع بين وجود زيد وعدمه أو بين حياته وموته فهي طالق فالطلاق بحسب الظاهر مرتبط بالمستحيل وفي الواقع إنما هو ينقضه وهو الواجب فلذا عبر «المص» بالواجب دون الممتنع كما فعل الأصل، فإذا علق الطلاق على

مستحيل عقلًا أو عادة أو شرعًا فهو في المعنى معلق على ضده وهو الواجب عقلًا أو عادة أو شرعًا.

وقوله: ولو عادة؛ مبالغة في الواجب، أي هذا إذا أوجب عقلًا بل ولو وجب عادة أو شرعًا.

وقوله: ماضيًا أو مستقبلًا لا تعميم في الواجب المعلق عليه أي سواء كان الواجب بأقسامه الثلاثة ماضيًا أو مستقبلًا.

والمعنى أنه إذا علق الطلاق على واجب عقلًا أو عادة أو شرعًا ماضيًا أو مستقبلًا فإنه ينجز عليه الطلاق.

مثال الواجب العقلي الماضي: إن تحيز الحرم أمس فهي طالق، ومنه: لو جاء زيد أمس لجمعت بين وجوده وعدمه.

ومثال المستقبل: إن تحيز الحرم في غد فهي طالق.

ومثال الواجب العادي في الماضي: لو طلعت الشمس بالأمس من المشرق فهي طالق، ومنه: عليه الطلاق لو حضر فلان لأدخله الأرض أو لرفعته السماء.

ومثاله في المستقبل: إن جاء غد فهي طالق، أو إن طلعت الشمس في غد من المشرق فهي طالق، ومنه: إن لم أمس السماء، أو إن لم أشرب البحر، أو إن لم ألج في سم الخياط فهي طالق.

ومن ذلك أيضًا ما مثل به «المص» وهو أن يقول لها: أنتِ طالق عند موتي، أو طالق يوم موتي أو موتك، أو طالق حالًا كأن قال لها: أنتِ طالق بعد سنة، وأما إذا قال لها: أنتِ طالق بعد موتي أو موتك، أو إن أو متى أو إذا مت أو متي فأنتِ طالق فلا شيء عليه إذ لا طلاق بعد الموت، وأما إذا قال لها: أنتِ طالق إن أو إذا مات زيدًا أو يوم موته أو بعده فتطلق عليه حالًا؛ لأنه علق الطلاق على مستقبل واجب وقوعه عادة فقوله: لا بعده، أي لا بعد موته أو موتها ولو بمدة التعمير قاله «الش».

وقوله: ولو بمدة التعمير؛ مبالغة في البعدية، أي هذا إذا صرح بقوله: بعد الموت، بل ولو لم يصرح بالبعدية لكن علق الطلاق على زمن بعد مدة التعمير بحيث لا يبلغانه فإن هذا بعد موتهما ولا محالة فلا يلزمه الطلاق فإن قدر خرق العادة وعاشا

بعد مدة التعمير فيأتي في لزوم الطلاق وعدمه خلاف.

وبعبارة: إذا علق الطلاق على أمر مستقبل واجب في العادة يبلغه عمره في ظاهر الحال كانت طالق بعد سنة أو طالق يوم موتي أو قبله بيوم فإنه يجبر عليه وقت التعليق لأنه حينئذٍ يشبه نكاح المتعة لأنه جعل حلية فرجها إلى وقت معلوم يبلغه عمره.

قال «خ»: واعلم أنه لا يجبر عليه إلا إذا بلغه عمر كل منهما عادة، وأما إذا لم يبلغه عمر واحد منهما أو يبلغه عمر أحدهما فلا شيء عليه، وكلام الحطاب يفيد أنه يجبر فيما إذا كان يبلغه عمر أحدهما وفيه نظر. اهـ.

ومن الواجب العادي ما لا صبر عنه كما إذا قال لها: إن قمت أو قعدت أو أكلت أنا وأنت أو فلان فأنت طالق، وأطلق أو قيد بمدة يعسر فيها ترك القيام مثلًا فينجز عليه حكم الطلاق.

حكى شهاب الدين بن أبي حجلة في المستظرف: نظر رجل لامرأة على درجة فقال: أنت طالق إن صعدت وأنت طالق إن نزلت وأنت طالق إن وقفت، فألقت نفسها.

قال «الش»: إن لم يكن له قصد توقف بره على أن السقوط ليس نزولًا عرفًا وهو الظاهر. اهـ.

وقوله: إن لم يكن له قصد تقييد لقوله: توقف بره... إلخ، فإن قصد أنت طالق على كل حال لم يقع ما فعلته المرأة من السقوط.

ومثال التعليق على الواجب شرعًا في المستقبل: يقول لها: إن صليت فأنت طالق أو إن صلى فلان فينجز عليه حالًا ولو كانت تاركة للصلاة أو كافرة تنزيلًا لوجوبها بمنزلة وقوعها، وكذا إذا قال: إن صليت أو صمت من رمضان فأنت طالق فينجز عليه من الآن، وسواء صلى الخمس أو صام رمضان أو لا لوجوب ذلك عليه شرعًا من الآن.

ومثال الواجب الشرعي الماضي: لو جاء زيد أمس لزنى بامرأة، فقد علق الطلاق على عدم الزنا وعدم الزنا واجب.

ومثاله أيضًا أن يقول: لو حضرت فلانة أمس لقتلته أو لفقأت عينه.

قال ابن بشير: إلا أن يعلم أن يقدر على ذلك، أو يقصد المبالغة فينفي أن لا حنث ابن عرفة: فيه نظر لقيام الشك في وقوعه في الماضي، ولو علمت القدرة أو قصدت المبالغة لجواز مانع. اهـ «خ».

وعلم مما سبق أنه ينجز عليه الطلاق إذا علقه على ماضي ممتنع عقلًا نحو: عليه الطلاق أو يلزمه الطلاق لو جاء زيد أمس لجمعت بين وجوده وعدمه، أو لجمعت بين حياته وموته، وأما لو قال: عليَّ الطلاق لو لقيتك ما جمعت بين وجودك وعدمك، أو ما طلعت بك السماء ولا نزلت بك الأرض لصدق الملازمة بين الشرط والجواب، بخلاف ما قبله فإن الحنث فيه لعدم صدق الملازمة بينهما، وخرج بالواجب عقلًا وعادة وشرعًا الجائز فلا ينجز عليه الطلاق ولا يحنث إذا علق الطلاق عليه وما في الأصل من الحنث لا يعول عليه.

مثال الجائز عقلًا وعادة عليه الطلاق: لو جئتني أمس لقضيتك حقك، أو لفررت منك، فقضي الحق والفرار جائز عقلًا وعادة، وإن وجب القضاء شرعًا أو ندب.

ومثال الجائز شرعًا: لو جئتني أمس لأكلت رغيفًا، فلا يحنث في ذلك على المذهب كما نقله ابن يونس عن مالك، وابن القاسم، لكن محل عدم الحنث إن جزم بالفعل كقضاء الحق حال اليمين وإلا حنث للشك والكذب، ووجه القول بالحنث في الجائز حصول الشك في الفعل وعدمه ولا يقدم على فرج مشكوك.

وقولنا: الجائز الماضي احترازًا عن الجائز المستقبل، فإنه سيأتي الكلام عليه.

● **ص:**

أو هذل كأن لم يكن هذا الحجر حجرًا أو طالق أمس.

● **ش:**

هذا عطف على المعنى، فكأنه قال: وينجز لتعليقه على واجب أو لهزله، أي وكذا ينجز عليه الطلاق لأجل هذله في تعليق الطلاق، كقوله: أنت طالق إن لم يكن هذا الحجر حجرًا، أو إن لم يكن هذا الطائر طائرًا، أو إن لم يكن هذا الإنسان إنسانًا، فلو أخر أنت طالق لم يلزمه شيء كما قال ابن عرفة، وأما إن قال: إن كان هذا

الحجر حجرًا بصيغة البر فينجز عليه مطلقًا قدمه على الطلاق أو أخره، ومحل الحنث في قول: أنت طالق إن لم يكن هذا الحجر حجرًا إذا لم يقصد الصلابة ونحوها كالرد على شخص ادعى أنه جوهر.

وبعبارة: إذا قال: أنت طالق إذا لم يكن هذا الحجر حجرًا أو إن لم يكن الإنسان إنسانًا أو إن لم يكن هذا الطائر طائرًا أنجز عليه الطلاق سواء قدم لفظ الطلاق أو أخره خلافًا لابن عرفة فإن قامت قرينة على أن المراد بقوله: إن لم يكن هذا الحجر حجرًا تمام الأوصاف الحجرية فيه ككونه صلبًا لا يتأثر بالحديد فلا شيء عليه عملًا بالقرينة.

وقوله: أو طالق أمس عطف على مدخول الكاف فهو مثال للهزل أيضًا، أي وكذا ينجز عليه الطلاق إذا قال لزوجته: أنت طالق أمس لأن ما يقع الآن لا يكون واقعًا بالأمس فيكون هاذلًا بهذا الاعتبار فينجز عليه الآن، وكذا إذا قصد الإخبار بأنه طلق أمس فيلزمه الطلاق أيضًا.

تنبيه:

إذا قال لزوجته: إن لم أمس السماء فأنت طالق ينجز عليه الآن إذ مسها ليس في قدرته فعدمه محقق وقد علق الطلاق عليه فينجز وهذا في الحقيقة من أمثلة التعليق على الواجب العادي المستقبل كما تقدم، وكذا ينجز عليه إذا قال لها: إن لم أشرب الخمر أو إن لم ألج في سم الخياط أو إن لم أحمل الجبل فأنت طالق لأن عدم هذه الأشياء واجب محقق وقد تقدم أيضًا.

● **ص:**

أو بغالب كأن حضت لمن شأنها ذلك.

● **ش:**

أي: وكذا ينجز عليه الطلاق إذا علقه على أمر غالب الوقوع كقوله لزوجته: إن حضت أو إذا حضت فأنت طالق؛ لأنه علق الطلاق على أمر غالب الوقوع فينزل الغالب منزلة المحقق ومحل لزوم الطلاق إذ قال ذلك لمن شأنها أن تحيض أو يتوقع حيضها كصغيرة، أما من ليس شأنها ذلك كالآيسة والبغلة فلا يلزمه طلاق،

فإن حاضت فخلاف سيأتي.

فقوله: أو بغالب. الباء فيه بمعنى على؛ أي أو علقه على غالب كما أشرت له، وكذا إن قال لها: إن لم تحيض فأنت طالق، فالمشهور أنها تطلق عليه بمجرد قوله ذلك كما في «خ».

● ص:

أو محتمل غير مقدور كأن كان في بطنك غلام أو في هذه اللوزة قلبان، أو إن لم يكن.

● ش:

عطف على ما مر، وقوله: أو لم يكن راجع للمسألتين، أي أنه لا فرق بين قوله: إن كان كذا؛ يعني: أنه إذا علق الطلاق على أمر محتمل لوجهين غير مقدور لنا وغير معلوم لنا حالًا، وإن كان يعلم في المآل فإنه ينجز عليه الطلاق في الحال ولا ينظر لما يظهر في المآل نحو أن يقول لها: إن كان في بطنك غلام فأنت طالق، أو إن لم يكن في بطنك غلام فأنت طالق، فينجز عليه في الحال ولا ينظر حتى يظهر ما في بطنها، وكذا ينجز عليه الطلاق إذا قال لها: إن كان في هذه اللوزة قلبان أو إن لم يكن في هذه اللوزة قلبان فأنت طالق، ولا يمهل حتى تكسر اللوزة للشك حين اليمين ولو غلب على ظنه ما حلف عليه لقرينة وظهر ما غلب على ظنه.

ثم عطف على مدخول الكاف قوله:

● ص:

أو فلان من أهل الجنة إلا أن يشهد له الاجماع.

● ش:

أي: وكذا ينجز عليه الطلاق إذا قال: إن لم يكن فلان أو أنا وأنت أو هو من أهل الجنة فأنت طالق إلا أن يشهد له الإجماع بالعدالة والصلاح كعمر بن عبد العزيز، قال ابن القاسم: لا حنث على من حلف أنه من أهل الجنة، وتوقف فيه مالك، ورجح ابن يونس قول ابن القاسم، وإذا كان لا حنث عليه بشهادة الإجماع فأولى من شهد له النص بأنه من أهل الجنة كالعشرة الكرام وعبد الله بن سلام، وكذا ينجز

الطلاق على من قال: إن لم يكن فلان من أهل النار فأنت طالق ما لم يقطع له بذلك كأبي جهل وفرعون، ولا عبرة بمن قال بإيمانه.

ولا فرق في الحنث بين حلفه على أنه من أهل الجنة أو على أنه يدخل الجنة، واستظهر ابن رشد الحنث في الأول إن أراد أنه لا يدخل النار وعدمه إن أراد أنه لا يخلد فيها وإن لم تكن له نية حمل على الوجه الأول فيحنث فيهما، والأظهر أن قوله: إن لم يكن من أهل الجنة محمول على الأول فيحنث وإن لم يدخل الجنة على الثاني فلا يحنث. اهـ «خ».

وإذا حلف بالطلاق أن فلانًا مات على الإسلام فإن كان سمعه تشهد عند الموت بر في يمينه كما إذا قصد بقوله: من أهل الجنة أنه عامل بعملها، وكان كذلك، وكذا تقول فيمن حلف أن فلانًا من أهل النار فإذا قصد أنه عامل بعمل أهلها بر في يمينه إن كان المحلوف عليه يعمل بعمل أهل النار.

وفي شرح رسالة ابن زيدون في شأن ولادة لجهور، حلف رجل بالطلاق أن الحجاج في النار، فاستفتى طاوس فقال: يغفر الله لمن يشاء وما أظنها إلا طلقت، فاستفتى الحسن البصري فقال: اذهب إلى زوجتك وكن معها فإن لم يكن الحجاج في النار فلا يضركما أنكما في الحرام. قاله «الش».

وولادة في كلامه اسم امرأة تنافس في صحبتها ابن زيدون وجهور، فجعل ابن زيدون تلك الرسالة توبيخًا لجهور وزجرًا له.

وقول الحسن: فإن لم يكن الحجاج... إلخ، ملاطفة ومداعبة مع الرجل، فإن الحسن كان عنده شيء من المزاح والمداعبة كشيخه علي بن أبي طالب لما روي أنه كان مع الرسول ﷺ في بستان فأكل الرطب وعينه وجعة فنهاه ﷺ عن إكثار أكل الرطب وعينه وجعة لئلا يتضرر بحرارتها، فقال: آكل بشق عيني الصحيحة، وهذه مداعبة من علي مع الرسول ﷺ.

وكان الحسن البصري كذلك، فليس مدرك الحكم وهو عدم الطلاق ما ذكره الحسن، ولو كان هو المدرك لكن فيه رائحة التجاوز، وإنما المدرك في عدم الطلاق اتفاق الأئمة التي لا تجمع على ضلالة.

تنبيهات:

الأول: قال «خ»: لا حنث على من حلف على صحة جميع ما في الموطأ، ويحنث في غيره. اهـ.

وأصل عدم الحنث من قول الشافعي: ما تحت أديم السماء بعد كتاب الله أصح من موطأ مالك. وأبقاه بعضهم على عمومه للصحيحين، ونقلوه عن أبي زرعة وغيره من المحدثين.

وقيل: يحنث من حلف بذلك لكثرة ما اشتمل عليه الموطأ من المراسيل، ومن الفروع الآحادية، ولقول ابن عبد البر في ثلاثة أحاديث من الموطأ أنه تتبعها فلم يعثر لها على سند متصل.

وعبارة «الش»: استظهر الحطاب عدم حنث من حلف أن صورة الملك تجادل عنه وقد لازمها لصحة الحديث تخريجًا على من حلف على صحة ما في الموطأ ونحوه، وخالف من حنّثه، ولكن يؤيده أن ذلك مشروط بحسن الخاتمة، ولا يُعلم. اهـ.

وقول «الش»: لصحة الحديث؛ تعليل لعدم الحنث الذي استظهره الحطاب، ولا يقال: الحديث خبر آحاد؛ لأنا نقول خبر الآحاد كان في العمليات والمسألة من ذلك.

وقوله: تخريجًا... إلخ، تعليل لاستظهار الحطاب، أي أنه استظهر عدم الحنث تخريجًا على عدم حنث من حلف على صحة ما في الموطأ، وإنما أخرجه على ذلك لأن حديث سورة الملك مذكور في الموطأ.

وقوله: لكن يؤيديه، أي يؤيد من خالف وقال بالحنث أن ذلك - أي مجادلة سورة الملك - مشروط بحسن الخاتمة، وحسن الخاتمة لا يعلم لنا.

والحاصل: أن مسألة سورة الملك ومسألة الموطأ كل منهما فيهما قولان بالحنث وعدمه، والمشهور عدم الحنث، وحاصل كلام «حش» أن الصحة تطلق على معان، أحدها: ما قابل البطلان، أعني موافقة الشرع ولو في الجملة، فإن أريد هذا فلا حنث، فإن جميع ما في الموطأ مبرأ من الكذب والفساد، وجميع أقوال الأئمة موافقة

للشرع ويجوز العمل بها ولو في الجملة، كما قيل: يجوز العمل بالضعيف، وتطلق الصحة على ما اصطلح عليه علماء الحديث، أعني المرتبة المرتفعة عن الضعف وغيره، فإن أريد هذا حنث خصوصًا، وقد ذكروا أنه قرئ على الإمام أربعين عامًا فكان كل قليل يرجع عن شيء ويزيله منه بحسب ما يظهر له حتى صغر بعد أن كان كبيرًا جدًا.

فقد تطرق الاحتمال في الجملة فيتقوى القول بالحنث وتطلق الصحة على موافقة الواقع ونفس الأمر، والحنث على هذا ظاهر؛ لأن ما فيه من الفروع الاجتهادية مختلف فيها والتحقيق أن الحق عند الله واحد، فمن مصيب ومن مخطئ، وأما ما فيه من الأحاديث النقلية فلا يقطع فيها إلا بالمتواتر.

الثاني: نقل الحطاب عن القابس أن من حلف أنه ابن أبيه في الواقع حنث لأن اللحوق بالأب ظني، والمذهب أن الحلف على الظن عمومي، وإن كنا نحكم في الشرع بالنسب لأنه مبني على الظاهر.

الثالث: في الحطاب يحنث من فضل صحابيًا غير المشاهير في الإيمان على مشهور في الزمن، يعني: وليًا من أولياء العصر، قال: وتفضيل الصحابة على من بعدهم من القرون من حيث الجملة، أي أن جملة الصحابة خير من جملة كل قرن، ولكن التحقيق أن الخيرية في عصر الصحابة جملة وتفصيلًا كما بينه «المص» في حواشي الجوهرة، ويدل لذلك ما ورد: «لو أنفق أحدكم مثل أحد ذهبًا لم يساو مد أحدهم ولا نصيفه» فذكر الأحد في الحديث دليل على الالتفات إلى التفضيل، فالصواب أن من حلف أن الصحابي أفضل لم يحنث، وأما إن حلف أنه اتقى لله وأحب لله مثلًا حنث لأن التقوى والمحبة شيء آخر.

الرابع: من حلف أن ما بين منبره ﷺ وقبره روضة من رياض الجنة مجملًا فلا يحنث، بل لو حلف بذلك على قبر المؤمن لا يحنث لاشتهار أحاديث وردت في ذلك، ونحن وإن لم نقطع بغير المتواتر لكن إذا اشتهرت الأحاديث تقوى بها الظن، ومحل الغموس والحنث في الظن إذا لم يقوى، فإذا قوي لم يحنث، كما يأتي في قولهم: وحلف البات على ظن قوي. اهـ من المجتبى بتصرف.

● ص:

وإن شاء الله أو الملائكة.

● ش:

عطف على أمثلة التعليق على المحتمل، يعني: أنه إذا قال لزوجته: أنت طالق إن شاء الله، أو إلا أن يشاء الله، فإنه ينجز عليه الطلاق في الصيغتين؛ لأن مشيئة الله لا اطلاع لنا عليها.

وأيضًا المشيئة لا تقع في غير اليمين بالله، وكذا ينجز عليه الطلاق إذا قال لها: أنت طالق إن شاءت الملائكة أو الجن إذ لا اطلاع لنا على مشيئة من ذكر، فالعصمة مشكوك فيها، ثم إن جعلهم إن شاء الله من أمثلة ما لا يطلع عليه معترض بأنه إنما يظهر على كلام القدرية القائلين أن بعض الأمور تقع بغير مشيئة الله تعالى، فالصواب أن قوله: أنت طالق إن شاء الله تعليق بمحقق إن قصد الحالف إن كان شاء الله ذلك، فبن ينطقه بالطلاق علم أن الله شائه، وإن قصد أن يشاء الله ذلك في المستقبل فهو تعليق لاغ لا يفيد لأن الشرع حكم بالطلاق حالًا فلا يعلق حكمه بالمستقبل، وأجيب عن هذا البحث بأنهم جعلوا ذلك مثالًا لما لا يمكن الاطلاع عليه بالنظر للمشيئة في حد ذاتها فلا ينافي أنها تعلم بتحقق الشيء المشيء.

● ص:

أو إن لم تكوني حاملاً، كأن كنت وقد مسها ولم تحض بعد ولو عزل.

● ش:

عطف أيضًا على أمثلة المحتمل الذي ينجز فيه الطلاق، وقوله: كأن كنت؛ تشبيه في تنجيز الطلاق وفصله بالكاف ليعلم أن القيد وهو قوله: وقد مسها راجع له، وقوله: ولو عزل؛ مبالغة في الحنث إذا مسها.

والمعنى: أنه إذا قال لزوجته وهي غير ظاهرة الحمل أو إن لم تكوني حاملًا فأنت طالق، فإنه ينجز عليه الطلاق لعدم العلم بما ذكر، وكذا ينجز عليه الطلاق إذا قال لها: إن كنت حاملًا فأنت طالق، وهذا إذا مسها، أي جامعها ولم تحض بعد المس ولو عزل عنها حال المس، أي أمنى خارج فرجها لأن الماء سباق خلافًا لما

اختاره اللخمي من عدم التنجيز عند العزل لحملها على البراءة من الحمل عند العزل، نعم إذا لم ينزل عند المس فلا يحنث.

ومفهوم قوله: وقد مسها ولم تحض أنه إذا لم يمسها أصلًا أو مسها وأنزل ولكن حاضت بعد المس فلا حنث عليه لحملها على البراءة من الحمل حينئذٍ، لكن عدم الحنث فيما إذا حاضت بعد المس مبني على القول بأن الحامل لا تحيض وهو خلاف المشهور.

والحاصل: أنه إذا قال لها: أنت لم تكوني حاملًا فأنت طالق فإنه ينجز علي الطلاق مطلقًا مسها أو لا، أنزل أو لا، عزل أو لا إذا كانت غير ظاهرة الحمل، وكذا ينجز عليه الطلاق إذا قال لها: إن كنت حاملًا فأنت طالق، إذا قاله بعد أن مسها وأنزل ولم تحض ولو عزل، وما اختاره اللخمي ضعيف، أما إذا كانت في طهر لم يمسها فيه أو سها ولم ينزل، أو أنزل وحاضت بعده فلا حنث عليه.

● **ص:**

أو إن لم تمطر ولو لعلامة أن أجل غير ما لا بد منه فيه فإن غفل حتى حصل فخلاف.

● **ش:**

هذا عطف أيضًا على أمثلة المحتمل الذي لا يدري أيوجد أو لا.

والمعنى: أنه إذا قال لزوجته: إن لم تمطر السماء فأنت طالق فإنه ينجز عليه الطلاق في الحال ولا ينتظر وجود المطر ولو استدل في حلفه لعلامة تدل على نزول المطر، كما إذا رأى سحابة والعادة في مثلها إن لم تمطر السماء ومحل الحنث أن أجل بغير ما لا بد من نزول المطر فيه عادة من الأزمنة بأن كان قريبًا نحو: إن لم تمطر غدًا أو رأس الشهر الفلاني فأنت طالق، وهو خص مكانًا كأن لم تمطر غدًا، أو عم جميع الأمكنة كأن لم تمطر غدًا في أي مكان من الدنيا فلا يكتفى عموم الأمكنة مع الأجل القريب، فإن غفل عنه ولم ينجز عليه الطلاق حتى يحصل المطر غدًا أو رأس الشهر فخلاف فقيل: يطلق عليه وهو الحق، بل الطلاق وقع عليه بمجرد حلفه كما هو قاعدة هذا الباب، وقيل: لا يطلق عليه وهو قول عياض، وقيل:

إن كان حلفه أولًا لأمر يؤمله مما لا يجوز له شرعًا لم تطلق عليه، وإن كان مستندًا لكهانة أو مجرد تخمين طلق عليه.

ومفهوم قوله: إن أجل غير ما لا بد منه فيه أنه إذا أجل بأجل بعيد لا بد من نزول المطر فيه عادة ولم يقيد بمكان أنه لا شيء عليه كأن لم تمطر السماء إلى خمس سنين مثلًا فأنت طالق، وأولى لا شيء عليه إذا عم جميع الزمن كـ: أنت طالق إن لم تمطر السماء ولم يقيد بزمن إذ لا بد أن تمطر في زمن ما، وسواء في هذه عم الأمكنة أو سمى بلدًا كما في «خ».

وقوله: غير. صفة لمحذوف، والضمير في منه للمطر، وضمير فيه عائد على ما الواقفة على أجل أو زمن، أي إن أجل بزمن غير ما لا بد من نزول المطر فيه، أي ذلك الأجل أو الزمن.

وأفهم قوله: عقل؛ أن التنجيز في هذه المسألة بحكم حاكم، وهذا كله في صيغة الحنث، أعني إن لم تمطر، وأما صيغة البر فسيأتي الكلام عليها.

ثم شبه في جريان الخلاف قوله:

● **ص:**

كبلوغهما ما زاد على التعمير، وحيض الآيسة.

● **ش:**

تقدم أنه إذا علق الطلاق على مدة تزيد على مدة التعمير بأن لا يبلغها عمر واحد منهما، أو يبلغها عمر أحدهما فقط فإنه لا شيء عليه، وذكر هنا أنه إذا علق الطلاق على ما ذكر ولم ينجز عليه الطلاق وأنجز من العادة وعاشا حتى بلغا ما زاد على مدة التعمير فهل يطلق عليه أو لا؟ خلاف، كما إذا قال لها: أنت طالق بعد مائة سنة مثلًا وعاشا بعد المائة، وكذا إذا علق الطلاق على حيض آيسة من الحيض كانت طالق إن حضت فانخرمت العادة وحاضت وشهدت البينة أنه دم حيض، فهل تطلق عليه أو لا؟ خلاف.

فقوله: وحيض آيسة، عطف على مدخول الكاف وظاهر «خ» وغيره أنها تطلق بل خلاف.

● ص:

وبر بالحرام وأثم.

● ش:

يعني: أن من علق الطلاق على عدم فعل محرم كالزنا وشرب الخمر نحو: إن لم أزن أو أشرب الخمر فهي طالق فإنه ينجز عليه الطلاق حالًا ولا يمكّن من فعل المحرم لكن لا بد في التخيير من حكم حاكم أو جماعة المسلمين ولا يقع عليه الطلاق قبل الحكم، فإذا غفل عنه فلا ينجز عليه الطلاق حتى تجرأ وفعل الحرام فإنه يبر في يمينه بفعل الحرام فلا تطلق عليه وهو آثم في تجرئه على الحرام.

ومثل الطلاق اليمين بالله والعتق والمشي، فإذا علق ما ذكر على محرم وغفل عنه حتى فعل الحرام بر وأثم.

● ص:

وانتظر في إن أمطرت إلا بما لا بد منه.

● ش:

هذه صيغة البر المقابلة لصيغة الحنث السابقة، يعني: أنه إذا قال لزوجته: إن أمطرت السماء فأنت طالق فإنه ينتظر الإمطار ولا ينجز عليه الطلاق، فإن أمطرت السماء طلقت عليه، وإلا فلا.

ومحل الانتظار إذا قيد بزمن قريب كغدًا أو بعد شهر، أما إذا قيد بزمن بعيد لا بد من نزول المطر فيه عادة كخمس سنين فإنه ينجز عليه الطلاق لأنه واجب عادة إذ لا بد من مطر عادة في هذا الأجل، واستظهروا أن السنة من خبر البعدي إذ لا تخلو السنة من مطر عادة وأولى ينجز عليه الطلاق إذا عم الزمن بأن قال: إن أمطرت السماء فأنت طالق وأطلق فلم يقيد بشيء.

و«في» جارة لمحذوف، أي وانتظر في قوله: إن أمطرت، والانتظار هو قول أكثر الأشياخ، وقيل: ينجز عليه كالحنث وهو قول الأقل، ومحلهما إذا حلف لا لعادة وقيد بزمن قريب كشهر فدون، وأما لعادة فينظر قطعًا، وإن قيد بزمن بعيد ينجز قطعًا.

● ص:

ودين إن ادعى ممكنًا.

● ش:

قوله: ودين، أي كل إلى دينه وقُبل قوله فلا يحنث، وقوله: ممكنًا، أي ما يمكن الاطلاع عليه حال الحلف عادة حال الحلف.

يعني: أن من ادعى أمرًا ممكنًا، أي يمكن علمه حال الحلف عادة فإنه يوكل لدينه ويصدق في دعواه كما إذا ادعى أنه رأى الهلال والسماء مطبقة بالغيم ليلة ثلاثين وحلف على ذلك بالطلاق أو غيره ولم يره غيره، وأما إذا ادعى ذلك ليلة تسع وعشرين فلا يقبل منه قوله، وقول بعضهم: ليلة تسع وعشرين؛ سبق قلم إذ لا يكون الشهر ثمانية وعشرين.

ثم فرّع على قوله: ودين إن ادعى ممكنًا قوله:

● ص:

فلا شيء على حالفين تناقضا وطلق على غير الجازم كزوجتي متناقض بهما.

● ش:

يعني: أنه مما يتفرع على قوله: ودين إن ادعى ممكنًا أنه لا شيء على حالفين تناقضا، أي حلف كل منهما على نقيض ما حلف عليه الآخر، كطائر يقول أحدهما: هذا غراب ويقول الآخر: هذا حدأة، ولم يمكن تحقيق الواقع، وإنما دين كل منهما لأن كل مخاطب بيقينه ولا يلزمه يقين غيره، وصورة المسألة: أن رجلين رأيا طائرًا فتنازعا في أنه غراب أو حدأة فقال أحدهما: إن كان هذا غراب فامرأته طالق، أو إن لم يكن هذا غرابًا فامرأت طالق، وحلف الثاني على نقيضه، وتعذر التحقيق فإنه يوكل لدينه ولا حنث على واحد منهما إن جزم كل بما حلف عليه ما لم يكشف الغيب خلاف ما جزم به.

وأما من لم يجزم بما حلف به بأن شك أو ظن ولو في ثان حال فإنه يطلق عليه كما أشار لذلك بقوله: وطلق على غير الجازم، وغير الجازم صادق بهما وبأحدهما.

والحاصل: أنه إن جزم كل منهما أو أحدهما فإن الجازم يوكل لدينه، وإن لم

يجزما أو أحدهما فإنه يطلق على غير الجازم منهما، وكذلك كل من حلف بالطلاق غير جازم بما حلف عليه فإنه يطلق عليه.

وقوله: كزوجتي متناقض بهما، تشبيه في التطليق؛ يعني: أن من له زوجتان فتناقض في حلفه بهما فإنهما يطلقان عليه معًا، كما إذا رأى طائرًا فقال: إن كان هذا غرابًا فعمرة طالق والتبس عليه الأمر فإنهما يطلقان معًا لأنه لا يمكنه دعوى التحقيق في الجانبين.

تنبيه:

من فروع قوله: فلا شيء على حالفين تناقضا؛ أن يحلف لغيره بالطلاق لقد قلت لي كذا فيحلف الآخر بالطلاق ما قلته لك فلا يطلق على كل منهما.

ومنها: أن يحلف بالطلاق أو بغيره أن فلانًا يعرف أن لي حقًّا في كذا فيحلف الآخر أنه لا يعرف له حقًّا في كذا فلا طلاق على كل منهما.

ومنها: أن يحلف أنه دخل المسجد فيحلف الآخر ما دخل، والموضوع الجزم وإلا طلق على غير الجازم.

ومنها: أن يحلف أحدهما على لحم شاة أن زنته كذا ويحلف الآخر أن زنته ليس كذلك ولم يمكن التحقيق لإمكان الحرز في ذلك كتخريص الزكاة فليسا كقلب اللوزة، ويرجع لأهل المعرفة إذا تناقضا في نخلة صغيرة أذكر أم أنثى، هل يمكن معرفة ذلك حالًا أو لا؟. هذا ما في «حش».

• ص:

ونجز إن أتى بمشيئة الله ولو بمعلق عليه.

• ش:

يعني: أنه ينجز عليه الطلاق إذا أتى بمشيئة الله تعالى، ولو صرف المشيئة للمعلقة عليه كدخول الدار كقوله لها: أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله، أو أنت طالق إن دخلت أنا الدار إن شاء الله، وإن دخل فلان الدار إن شاء الله، فإذا وجد المعلق عليه وهو دخول الدار المحلوف على عدم دخولها نجز عليه الطلاق، ولا يفيده صرف المشيئة لدخول الدار وهو الفعل المعلق عليه الطلاق، وأولى نجز

عليه الطلاق إذا صرفها للمعلق، وهو الطلاق أو لهما معًا أو لم تكن له بينة، أو صرفها للتعليق، فما قبل المبالغة أو للمعلق عليه لأن صرفها لما ذكر يصرفها للتعليق أو للطلاق المعلق أربع صور، وإنما نجز عليه الطلاق كصرفها للطلاق المنجز إذ بصيغة التعليق علم أن الله شاء التعليق، وكذا شاء المعلق حيث حصل المعلق عليه.

والمعلق عليه لا يوجد إلا وقد شاء الله تعالى وجوده، فبوجوده علم تحقق علم مشيئته فتحصل أنه إن أتى بمشيئة الله ينجز عليه الطلاق سواء صرف المشيئة للمعلق أو للمعلق عليه، أو للتعليق، أو لا نية له، والاستثناء أيضًا لاغ؛ لأنه يستغرق جميع الأحوال إذا قال: أنت طالق إن دخلت الدار إلا أن يشاء الله لأنه ليس ثَمَّ حالة بغير مشيئة الله تعالى، كما سبق في تعليق المنجز بمشيئة الله تعالى، وما ذكره «المص» من أنه ينجز عليه الطلاق ولو صرف المشيئة للمعلق عليه كدخول الدار هو مذهب ابن القاسم، وذهب ابن الماجشون إلى أنه لا طلاق عليه ولو دخلت الدار فقصد بالمبالغة الرد على ابن الماجشون، وأما الصور التي قبل المبالغة فلا خلاف فيها.

ثم شبه في التخيير:

● ص:

كمشيئته إلا أن يعلق عليها أو يثني بها من المعلق عليه فقط.

● ش:

أي: وكذا ينجز عليه الطلاق إذا أتى بمشيئته هو لأنه يعد ندمًا ورفعًا للواقع كانت طالق إلا إن أشار واستثنى «المص» من ذلك صورتين:

الأول: أن يعلق الطلاق عليها، أي على مشيئته بصيغة الشرطية كانت طالق إن شئت، فيتوقف الطلاق على مشيئته ولا ينجز عليه في الحال فما قبل إلا هو أن يأتي بالمشيئة على صيغة الاستثناء كانت طالق إلا إن شاء فلا ينفعه لأنه تعقيب رافع، وأما صيغة التعليق فهي أقوى بالشرطية فلذا أفادت وتوقف الطلاق على مشيئته.

الصورة الثانية: أن يستثني الحالف بمشيئة من المعلق عليه فقط كقوله: أنت

طالق إن دخلت الدار إلا أن أشاء، على معنى: إن دخلت الدار بغير إذني فأنت طالق، وأما الاستثناء بها من التعليق أو من المعلق أو المعلق عليه جميعًا فلا يفيد كعدم النية رأسًا.

وبعبارة: إذا علق الطلاق على أمر نحو: أنت طالق إن دخلت الدار أو إن لم أدخلها أو تدخليها إلا أن أشاء فيفيده ولا شيء عليه إذا صرف المشيئة للفعل المعلق عليه فقط وهو الدخول لأنه حيل الأمر موقوفًا على مشيئته في المستقبل فإن شاء جعل دخول الدار سببًا لوقوع الطلاق، وإن شاء لم يجعله سببًا لوقوعه لأن كل سبب يؤول إلى إرادة المعلق لا يكون سببًا إلا بتعميمه وجزمه على جعله سببًا واحترز بقوله: فقط من المعلق نفسه وهو الطلاق أو المعلق والمعلق عليه جميعًا أو التعليق فإنه إذا صرف المشيئة لشيء من ذلك فلا يفيده وينجز عليه الطلاق عند حصول المعلق عليه كما إذا لم ينو شيئًا.

● **ص:**

كإلا أن يبدو لي.

● **ش:**

هذا تشبيه في إفادته من المعلق عليه، يعني: أنه إذا قال لزوجته: أنت طالق إن دخلت الدار مثلًا إلا أن يبدو لي أو إلا أن أرى خيرًا منه أو إلا أن يغير الله ما في خاطري ونوى صرفه للمعلق عليه فقط كالدخول فلا ينجز عليه الطلاق بل لا يلزمه شيء.

فقوله: إلا أن يبدو لي؛ معناه: إلا أن يبدو لي عدم جعله سببًا للطلاق في المستقبل فكأنه حل ما عقد عليه فلا يلزمه شيء، ولا عبرة بإرادته بعد ذلك لأن المعنى: إن دخلت الدار وبدا لي جعله سببًا للطلاق فأنت طالق، وإذا لم يبدو لي ذلك فلا، ففي الحقيقية هو حلف على التعميم، والتعميم لم يوجد حال التعليق فلم يلزمه شيء عند حصول المعلق عليه، وأما لو صرف التعليق أو المعلق وهو الطلاق أو المعلق والمعلق عليه جميعًا فينجز عليه عند حصول المعلق عليه لأنه يعد ندبًا ورفعًا للواقع.

ولما ذكر حكم التعليق على مشيئة الله ومشيئة نفسه شرع بذكر حكم التعليق على مشيئة الغير فقال:

● **ص:**

ومشيئة الغير مطلقًا كالعتق والنذر ولا شيء إن لم تعلم.

● **ش:**

مشيئة الغير عطف على مدخول الكاف في قوله: كإلا أن يبدو لي، وحتى الاطلاع أنها تفيد في جميع الصور سواء صرفها للتعليق أو للمعلق وللمعلق عليه أو لهما معًا أو لم يصرفها لشيء بل تفيد حتى في الطلاق المنجز كانت طالق إلا أن يشاء زيد فينفعه ذلك كانت طالق إلا أن يمنعني أبي مثلًا.

والمعنى: أنه إذا قال لزوجته: أنت طالق إن شاء زيد أو إلا أن يشاء زيد أو أبي أو أخي، أو أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء زيد أو أبي مثلًا أو إلا أن يشاء، فإنه لا ينجز عليه الطلاق في جميع ذلك حتى يشاء زيد وأبوه مثلًا طلاقها سواء صرف المشيئة للتعليق أو للمعلق أو للمعلق عليه أو لهما أو لم يصرفها لشيء من ذلك، وكذا العتق والنذر إن علقهما على مشيئة الغير لا يلزمه شيء إلا إذا شاءهما ذلك الغير، فإن لم تعلم مشيئة الغير الذي علق الطلاق والعتق أو النذر على مشيئته كأن غاب أو مات فلا شيء على الحالف، أي لا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نذر، والمراد بالغير من تعلم مشيئته وهو الآدمي كان حيًا أو ميتًا حين التعليق ولم يعلم بموته أو علم بموته على ظاهر المدونة، وقال اللخمي: ينجز عليه الطلاق إذا علم موته حين التعليق.

وبعبارة: إذا قال لزوجته: أنت طالق إن شاء زيد، فمات زيد ولم تعلم مشيئته بأن لم يشأ شيئًا أو شاء شيئًا لم تعلم حقيقته فلا حنث على الحالف ولو علقه على مشيئة صغير فلا شيء عليه الآن وينتظر كما يفيده «خ» وهذا في الصغير الذي لا يعقل، وأما الذي يعقل فكالكبير على الظاهر.

وقوله: كالعتق والنذر؛ تشبيه في جميع ما مر فإذا قال: لله عليَّ كذا أو عتق عبدي، جرى فيه جميع ما مر في مشيئة الله أو مشيئة الحالف أو الغير، وفي إلا أن يبدو لي.

ولما أنهى الكلام على ما ينجز فيه الطلاق شرع في بيان ما لا ينجز فيه أعم مما لا شيء فيه حالًا ولا مآلًا أو حالًا لا مآلًا فقال مشبهًا بما لا شيء فيه:

● **ص:**

كأن علقه على مستقبل ممتنع كإن شاء الحجر أو لمست السماء.

● **ش:**

أي: وكذا لا شيء عليه إذا علق الطلاق على أمر مستقبل ممتنع عقلًا أو عادة، أو شرعًا، في صيغة البر.

مثال الأول: أنت طالق إن جمعت بين الضدين، أو إذا جمعت بين الضدين فأنت طالق، فلا شيء عليه لأنه علق الطلاق على شرط ممتنع وجوده، والشرط يلزم من عدمه العدم.

ومثال الثاني: إن شاء هذا الحجر، أو إن لمست السماء، أو حملت الجبل فأنت طالق، فلا شيء عليه، وكذا إن قدم أنت طالق في هذه الأمثلة؛ لأنه علق الطلاق على شرط ممتنع وجوده عادة.

ومثال الثالث: إن زنيت أو شربت الخمر فأنت طالق فلا شيء عليه بخلاف صيغة الحنث في الجميع.

ثم إن «المص» تبع الأصل في تمثيله بإن شاء الحجر، مع أنه سبق أنه يحنث بالهزل كأن لم يكن هذا الحجر حجرًا، وفرق «عج» ومن تبعه بين ما هنا وبين ما سبق غريق في اللغو لأنه قلب حقائق بخلاف ما هنا، فلذا حنث فيما سبق دون ما هنا، وأفاد «بن» أنهما طريقان فمشى فيما سبق على طريقة وهنا على طريقة أخرى.

تنبيه:

إذا قال لها: أنت طالق إن أو إذا مت أنا أو متى أنت فلا شيء عليه، إذ لا طلاق بعد الموت كما مر بخلاف يوم موتي فتطلق عليه لأن يوم الموت يصدق بأوله قبل حصول الموت فيكون شبيهًا بنكاح المتعة، ومحل عدم الحنث في أن مت أو متى إذا لم يرد بأن نفى الموت عنادًا إما مطلق أو من مرض خاص، فإذا أراد ذلك حنث لأنه بمنزلة قوله: أنت طالق لا أموت أو لا تموتي.

● ص:

أو كان في بطنك غلام وتحقق البرء.

● ش:

عطف على قوله: كإن شاء الحجر، أي وكذا لا شيء عليه إذا قال لزوجته: إن كان في بطنك غلام أو جارية أو إن ولدته غلامًا أو جارية فأنت طالق إذا تحقق براءتها من الحمل بأن كانت صغيرة أو آيسة أو ممكنة الحمل، وقال لها ذلك في طهر لم يمس فيه أو مس فيه ولم ينزل، أو أنزل وحاضت بعده، فإن لم يتحقق براءتها بوجه من هذه الوجوه حنث كما تقدم.

● ص:

أو إن حملت ونجز بالوطء، وإن قبل بيمينه بخلاف الأمة فيطؤها كل طهر مرة.

● ش:

أي: وكذا لا شيء عليه إذا قال لها: إن حملت فأنت طالق إذا لم يطأها مرة أو أكثر، فإن وطئها ولو مرة قبل يمينه وأنزل وهي ممكنة الحيض ولم يستبرءها فإنه ينجز عليه الطلاق لحصول الشك في الحمل خلافًا لابن الماجشون في قوله: له وطئها في كل طهر مرة، وإلى ما ذكرنا أشار بقوله: ونجز بالوطء وإن قبل يمينه، أي وأولى بعده، ولا بد من هذه القيود المتقدمة، وهي أن تكون ممكنة الحمل وأن ينزل في الوطء وأن لا يستبرءها بعده، وهذا بخلاف قوله لأمته: إن حملت فأنت حرة فإنه لا ينجز عليه عتقها بوطئها قبل يمينه أو بعده بل له وطئها في كل طهر مرة ويمسك إلى أن تحمل فتعتق، والفرق بين الأمة والزوجة أن الأجل أقبل في العتق من النكاح، ألا ترى أنت حرة بعد شهر لا ينجز وطالق بعد شهر ينجز، ولذا قال «خ»: وفرق ابن يونس بمنع النكاح لأجل وجواز العتق له.

● ص:

أو طلقتك في صباي أو جنوني نسقًا إن سبقا.

● ش:

يعني: أنه إذا قال لزوجته: طلقتك في حال صباي أو جنوني فلا شيء عليه

بشرطين:

الأول: أن يأتي بقوله: في صباي أو جنوني نسقًا أي متتابعًا بلا فصل بينه وبين طلقتك وإلا طُلقت عليه لأنه يعد نادمًا.

الثاني: أن يسبق الصبا أو الجنون وهي في عصمته بأن يعلم أنها كانت في عصمته في حال صبائه أو جنونه فإن لم تكن معه حال الصبا أو الجنون أو لم يتقدم له جنون أصلًا طلقت عليه، فقوله: سبقا؛ أي الصبا والجنون، أي سبقا وهي في عصمته.

● **ص:**

وإن علقه على قدوم زيد انتظر والطلاق من حينه لا من أول النهار وعلى يومه أو لا نية نجز.

● **ش:**

يعني: أنه إذا علق الطلاق على قدوم زيد الغائب بأن قال لها: أنت طالق إن قدم زيد فلا ينجز عليه الطلاق بل ينتظر بالحنث وقوع المعلق عليه وهو القدوم، ولا يمنع منها فإن لم يقدم فلا حنث كما إذا قدم به ميتًا، وإن قدم به حيًا حنث بالقدوم ليلًا ونهارًا، والطلاق يقع عليه من حين القدوم حيث قدم في أثناء النهار لا من أول النهار لأنه علق الطلاق على نفس القدوم لا على اليوم الذي قدم فيه.

وثمرة جعل الطلاق من حين القدوم لا من أول النهار أنها لا تعتد بطهرها أول النهار قبل القدوم إذا نزل عليها الحيض وقت القدوم ويكون مطلقًا في الحيض فيجبر على رجعتها وعليها العدة إن ولدت أول النهار.

ومن ثمرات ذلك أيضًا: التوارث إذا مات أحدهما أول النهار قبل القدوم، والتعليق على القدوم نظير التعليق على مشيئة زيد، نحو: أنت طالق إن شاء زيد، الطلاق وقع وإلا فلا.

وإن قال لها: أنت طالق إن كلمت زيدًا أو إن دخلت الدار انتظر بالحنث وقوع الكلام أو الدخول.

وأشار بقوله: وعلى يومه؛ إلى أنه إذا علق الطلاق على يوم القدوم كانت طالق

يوم قدوم زيد، أو كان لا نية له في التعليق على اليوم أو القدوم فإنه ينجز عليه الطلاق بمجرد يمينه، وأما ما في الأصل من أنه إذا علقه على يوم القدوم ينتظر متعقب بأن الأصوب حذف لفظ يوم لأن التحقيق أنه إذا قصد التعليق على الزمن ينجز عليه الطلاق بمجرد اليمين لأنه كمن علق الطلاق على مستقبل محقق فينجز عليه الآن، ومثل يوم قدوم زيد يوم قدوم الحج فينجز عليه الطلاق بمجرد اليمين كما إذا لم تكن له نية.

تنبيهان:

الأول: إذا قال لزوجته: إن حملت ووضعت فأنت طالق فلا شيء عليه إلا أن يطأها مرة بعد يمينه أو قبله ولم يستبرئها وهي ممكنة الحمل وإلا نجز عليه كما لو كانت ظاهرة الحمل نظرًا للغاية الثانية، وأما إن قال لظاهرة الحمل: إن حملت فلا يحنث لأن المعنى إن حدث بك حمل غير هذا. ذكره الأصل وشراحه ولم يذكره «المص» اكتفاء بقوله سابقًا: أو إن حملت ونجز... إلخ.

الثاني: ذكر الأصل أيضًا أن قول الحالف: أنت طالق إلا أن يشاء زيد، مثل قوله: إن شاء زيد، أي إن هذا اللفظ مثل هذا اللفظ في كونه إن شاء وقع وإلا فلا، وقد تقدم تحرير المقام عند قوله: ونجز إذا أتى بمشيئة الله... إلخ.

● **ص:**

ومنع في الحنث من البيع.

● **ش:**

يعني: أنها إذا كانت صيغة الحالف صيغة حنث علق فيها عتق أمته على فعل شيء فإنه يمنع من بيع الأمة ولو أجل في يمينه، فإذا قال: لم أدخل الدار أو أقدم من سفري أو أفعل كذا بعد شهر أو سنة فهي حرة فإنه لا ينجز عليه العتق، بل ينظر حتى يفعل المحلوف عليه فيبرأ أو لا يفعله فيحنث ولكن يمنع من بيعها إذ ربما مضى الأجل ولم يفعل أو عزم على الضد فتعتق، والمراد بصيغة الحنث ولو معنى نحو: عليه عتق عبده أو أمته ليكلمن زيدًا فإنه قوة قوله أن يكلمه فهو حر وهي حرة.

ثم شبه في المنع فقال:

● ص:

كالوطء إلا أن لم أحبلها أو أطأها.

● ش:

أي: وكذا يمنع من وطء الزوجة في صيغة الحنث إذا لم يؤجل بأجل معين، نحو: إن لم أفعل كذا فهي طالق فلا ينجز عليه الطلاق بل ينتظر ولكن يمنع من وطئها والاستمتاع بها حتى يحصل المحلوف فإن رفعته للحاكم ضرب له أجل إيلاء، وابتداء الأجل من يوم الرفع أو الحكم كما يأتي.

والمراد بصيغة الحنث ولو معنى كما مر نحو: عليه الطلاق ليدخلن الدار فإنه في قوة إن لم يدخل الدار فهي طالق، ومحل المنع من وطئها إذا لم يكن بره في وطئها فإن كان بره في وطئها فلا يمنع من وطئها نحو: إن لم أحبلها، أو إن لم أطأها فهي طالق، ومحله في إن لم أحبلها حيث يتوقع حملها فإن لم يحمل مثلها بأن آيس منه ولو من جهته نجز عليه الطلاق.

فقوله: إلا إن لم أحبلها، مستثنى من قوله: كالوطء، أي كما يمنع من الوطء في صيغة الحنث إلا في قوله: إن لم أحبلها أو أطأها فهي طالق فلا يمنع منها بل يسترسل عليها لأن بره في وطئها فإن وقف عن وطئها كان موليًا عند مالك والليث لا عند ابن القاسم وهو الأقرب.

● ص:

أو كان مؤجلاً ولو لعرف فحتى يتعين الأجل.

● ش:

هذا عطف على المستثنى، يعني: أنها إذا كانت الصيغة حنث نحو: إن لم أدخل الدار فهي طالق فإنه يمنع من وطئها، إلا إذا كانت بره في وطئها نحو: إن لم أحبلها أو أطأها فلا يمنع، وإلا إذا كانت يمينه مؤجلة بأجل نحو: إن لم أدخلها في هذا الشهر فهي طالق فلا يمنع أيضًا من وطئها حتى يتعين الأجل للفعل بأن يبقى منه ما يسع الفعل خاصة فيمنع منها فإن فعل فيه انحلت يمينه وإن تم الأجل ولم يفعل

حنث، وعدم منعه منها في المؤجل مطلقًا سواء كان الأجل معينًا بالنص أو بالعرف كما بالغ على ذلك بقوله: أو كان مؤجلًا ولو لعرف لكحج على أظهر التأويلين كما قال ابن عبد السلام.

فإذا قال: إن لم أحج فهي طالق وليس الوقت وقت سفر للحج فلا يمنع منها إلا إذا جاء وقته لأنه كالمؤجل بأجل معلوم على ما استظهره ابن عبد السلام قائلًا لأن الأيمان إنما تحمل على المقاصد ولا يقصد أحد الحج في غير وقته المعتاد، فإن قيد بقوله في هذا العام فاتفقوا على أنه لا يمنع منها إلا إذا جاء وقت الخروج له فيُمنع، فإن خرج وإلا وقع عليه الطلاق.

والحاصل: أنها إذا كانت الصيغة صيغة حنث فإن أجل فلا يمنع حتى يأتي الأجل، وإن لم يؤجل فهل يمنع وطئها مطلقًا سواء كان للفعل المعلق عليه الطلاق وقت معين لا يتمكن من فعله قبله عادة كالحج أو لا، وهو قول ابن القاسم، أو محل المنع منها إذا لم يكن له وقت معين.

فإن كان له وقت معين يقع فيه ولا يمكن عادة فعله قبله فلا يمنع منها إلا إذا جاء وقته في ذلك تأويلان رجح بعضهم الأول، واستظهر ابن عبد السلام الثاني وهو ما مشى عليه «المص» بقوله: أو كان مؤجلًا ولو عرف، أي عادة، فالأجل المعتاد كالمعين.

تنبيه:

علم مما تقرر أن غير الحج كالحج فيمن حلف على فعل شيء أو للخروج لبلد ولا يمكنه حينئذٍ لم يكن على حنث حتى يمكنه، وكذا إن لم يكن لخروجه وقت ومنعه فساد طريق أو غلو كراء، فهي عذر، وكذا لو حلف ليكلمن فلانًا الغائب فلا يوقف حتى يقدم ولو طالت غيبته فإن مات فيها فلا شيء عليه ولو حضر وطال مقامه بما يمكنه الفعل فلم يفعل حتى مات فلا حنث، قاله ابن عرفة.

ولما ذكر «المص» أن الحالف على حنث مطلق يمنع ولا ينجز عليه وعلى مؤجل لا يمنع منها وكان هناك مسائل ينجز فيها الطلاق في مطلقها ومؤجلها نبه عليها بقوله:

● ص:

ونجز في إن لم أطلقك ولو أجل.

● ش:

يعني: أنه إذا قال لزوجته: إن لم أطلقك فأنت طالق، فإنه ينجز عليه الطلاق، هذا إذا طلق في يمينه فلم يقيده بأجل، بل ولو أجل كـ: إن لم أطلقك بعد شهر فأنت طالق؛ لأنه محمول على الفور فيلغي قوله بعد شهر، وكذا ينجز عليه إذا قال: أنت طالق إن لم أطلقك الساعة، وإذا قال لها: إن لم أطلقك رأس الشهر البتة فأنت طالق رأس الشهر البتة فإنه ينجز عليه الآن، وفي «ر» أنه يتخص بالمخالفة حتى يمضي رأس الشهر فلا تجد البتة موضعًا، ثم يجدد عليها عقدًا بعد رأس الشهر، وهذا معنى قول «الش»، وفي «ر» أنه يتخلص بالمخالفة في إن لم أطلقك بعد شهر البتة فأنت بتة فانظره. اهـ.

ومراده ببعد الشهر رأس الشهر.

تنبيه:

إذا قال لزوجته: إن لم أطلقك رأس الشهر البتة فأنت طالق الآن البتة فإنه ينجز عليه الطلاق الآن لأن البتة لا بد من وقوعها، إما الآن أو عند رأس الشهر فلا يصح أن يؤخر لرأس الشهر لما فيه من نكاح المتعة فيتعين الحكم بوقوعه حالًا.

وبحث في ذلك ابن عبد السلام فقال: لا يلزم الحالف شيء بوجه ولا نسلم أنه لا بد من وقوع البتة لأن غايته أنه علق بتها أول الشهر على عدم بتها آخره فله أن يختار الصبر لآخر الشهر لتحصيل المحلوف عليه وهو بتها آخره فإذا جاء رأس الشهر فله ترك ذلك واختار الحنث كما لكل حالف، وإذا اختار الحنث لم يمكنه وقوعه لانعدام زمان المحلوف به وهو البتة لمضيه؛ لأنه إنما التزم البتة في زمان الحال الذي صار ماضيًا عند رأس الشهر، فحاصله أن المعلق مقيد بقيد لا يمكن تحصيله، والشيء ينعدم بانعدام قيده، والقيد هو الزمان الذي صار ماضيًا لا يمكن تحصيله، فالبتة المقيدة به لا يمكن إيقاعها فلم يلزمه شيء.

ورد هذا البحث بأن الطلاق يقع بتة، أي يحكم الشرع بوقوعه بتة ولو مضى زمنه

إذ ليس للتقييد بالزمن وجه يعتبر شرعًا، ألا ترى أنه لو قال: إن لم أدخل الدار آخر الشهر فأنت طالق الآن، فإنه ينتظر لآخر الشهر فإن دخل وإلا طلقت عليه ولا يلتفت لقوله الآن، وهنا لما كان إذا فعل المحلوف عليه آخر الشهر طلقت وإذا لم يفعله آخر الشهر طلقت نجز عليه حالًا. أفاده «دك».

وبعبارة: ليس للتقييد بالزمان وجه فليس له أن يقول اطلب بتة رأس الشهر، فإذا حال رأس الشهر فله ترك بتة وطلب بتة أوله فلا يقع لانعدام زمنها، ولا يفيده ذلك، فإذا كان وقوع البتة رأس الشهر لا بد منه ولو مضى زمنها الذي هو أول الشهر صارت محققة الوقوع على كلا التقديرين فعجلت خلافًا لابن عبد السلام.

قال في التوضيح: وما قاله ابن عبد السلام من عدم وقوع الطلاق لمضي زمنه، يأتي على ما قاله ابن عبد الحكم فيمن قال لزوجته: أنتِ طالق اليوم أن كلمت فلانًا غدًا، أنه إن كلمه غدًا فلا شيء عليه؛ لأن الغد مضى وهي زوجه وقد انقضى وقت الطلاق، ومثله لابن القاسم في الموازية، وما ذكره ابن عبد الحكم خلاف الأصل، والطلاق يلزمه إذا كلمه غدا أو ليس لتعليق الطلاق بالأيام وجه. اهـ «خ».

● **ص:**

وأن قال: إن لم أطلقك واحدة بعد شهر فأنتِ طالق البتة، قيل له: أما نجزتها وإلا فالبتة.

● **ش:**

يعني: أنه قال لزوجته: إن لم أطلقك طلقة واحدة بعد شهر فأنتِ طالق الآن ثلاثًا فإنه يقال له: إما أن تنجز الطلقة قبل الشهر وإما أن تلزمك الثلاث بفراغ الأجل، فإن عجل الطلقة التي عند رأس الشهر أجزأت ولا يقع عليه بعد الشهر لحصول المعلق عليه وكونه قبل الشهر لا يضر؛ لأن المنجز قد يكون قبل أجله كقوله: أنتِ طالق بعد فينجز عليه الآن وإن لم يعجلها حتى فرغ الأجل بانت منه بالثلاث.

وإنما قال «المص»: وإلا فالبتة، ولم يقل: وإلا بانت منك؛ لأنها لا تبين بمجرد عدم التنجيز، فإذا عقل عنه حتى جاوز ولم يفعل الواحد قبل مجيئه طلقت البتة.

• **ص:**

وطالق اليوم إن فعل غداً ثم فعل لزم من أول يوم الحنث.

• **ش:**

يعني: أنه إذا قال لزوجته: أنتِ طالق اليوم إن فعلت أنا أو أنت أو زيد كذا غدًا ثم فعل المحلوف عليه في أثناء الغد فإنه يلزمه الطلاق من أول يوم الحنث وهو طلوع فجر الغد كما ذكره الشيخ كريم الدين، ويعد قوله: اليوم لغو أو يحسب ذلك اليوم من الغد لتبين الوقوع أول، وقيل: إن الطلاق يقع حال الفعل ولو في آخر الغد لا من فجره.

• **ص:**

والراجح إن حلفه على الغير في الحنث يضرب له بقدر ما يراد بيمينه عرفا ثم طلقت بلا حكم.

• **ش:**

اعلم أن الزوج إذا حلف بطلاق أو غيره على فعل غيره سواء كان ذلك الغير حاضرًا أو غائبًا كان ذلك الغير الزوجة أو أجنبيًّا فلا يخلو إما أن تكون الصيغة صيغة بر مطلق أو مقيد أو صيغة حنث، كذلك فإن كانت صيغة بر مطلق أو مقيد فيكون حكمه حكم حلفه على نفسه من كل وجه فلا فرق بين إن دخلت أنا الدار فأنت طالق أو حرة، وبين إن دخلت أنت أو فلان الدار فأنت طالق أو حرة فينتظر بالحنث دخول الدار، ولا يمنع من بيع ولا وطء.

وإن كانت صيغة حنث مؤقت كأن لم يدخل فلان الدار قبل شهر فأنت طالق أو حرة فيمنع في الرقيق من البيع ولا يمنع فيه ولا في الزوجة من الوطء.

وإن كانت الصيغة صيغة حنث مطلق كقوله: إن لم يدخل فلان الدار فأنت طالق أو أنت حرة فاختلف في ذلك فقيل: يكون حكمه حكم حلفه على فعل نفسه فيمنع من البيع والوطء ويدخل عليه أجل الإيلاء إن رفعته ويكون من يوم الرفع، وقيل: لا يكون كحلفه على فعل نفسه فلا يضرب له أجل الإيلاء بل يمنع منها ويضرب له أجل بقدر ما يراه الحاكم أنه أراد بيمينه الفعل فيه عرفًا، ثم إن فعل الغير الفعل

المحلوف عليه بر الحالف وانحلت يمينه وإن لم يفعل حتى انقضى الأجل المضروب طلقت عليه بلا احتياج إلى حكم حاكم لفوات المحلوف عليه وهذا القول هو الراجح وهو مذهب المدونة فلذا اقتصر عليه «المص» ورجحه.

فالخلاف إنما هو في الأجل الإيلاء والتلوم بقدر ما يراد يمينه لا في المنع من الوطء فإنه متفق عليه كذا قاله بعضهم، وقيل: لا يمنع منها زمن التلوم كمن حلف وضرب أجلًا وهو لا يمنع من وطنها إلى الأجل، وعلى هذا فالخلاف في الأجل مع المنع والتلوم بلا منع، والأظهر الأول وهو أن الخلاف في الأجل والتلوم لا في المنع لأنه يمنع منها على كلا القولين.

• ص:

وإن حلف على تكذيب نفسه صدق بيمين في القضاء.

• ش:

يعني: أن الزوج إذا أقر على نفسه بأمر كدخول دار وتزوج أو تسرى ثم حلف بالطلاق أنه لم يدخل أو لم يتزوج أو لم يتسر وأنه كان كاذبًا في إقراره بما ذكر فإنه يصدق في القضاء بيمين بالله أنه كان كاذبًا في إقراره ولا شيء عليه فإن نكل نجز عليه الطلاق وإن كان مستفتيًا صدق بلا يمين.

وقوله: صدق؛ أي فلا ينجز عليه الطلاق فلا ينافي أنه يؤخذ بإقراره نحو سرقة أو شرب خمر فيحد.

ومثل إقراره شهادة البينة عليه قبل الحلف فيكذبها ولا شيء عليه لأنه كالطعن فيها وإن كان يعمل بها في الحق، فإذا شهدت عليه بينة بدين أو سرقة أو شرب خمر ونحو ذلك ثم حلف بالطلاق على تكذيبها فإنه يصدق في القضاء بيمين بالله أنها كاذبة ولا شيء عليه ويكون تكذيبها كالطعن فيها، ولكن يعمل بها في الحق الذي شهدت به عليه.

وأما إذا شهدت عليه البينة بالفعل بعدما حلف عليه فيحنث ولو كذبها لأنه ورط نفسه بالحلف ابتداء وهذا في القضاء لا في الفتوى.

مثلًا إذا حلف بالطلاق أنه لا يتزوج أو لا يتسرى أو لا يدخل الدار أو لا يسرق

أو لا يزني أو لا يشرب الخمر أو أنه ليس بذمته كذا ثم شهدت عليه البينة بالتزوج أو التسري... إلخ، فإنه يحنث ولو كذبها.

وبعبارة: إذا أقر بأمر كسرقة أو غصب أو شرب أو زنا أو دين أو قامت عليه البينة بذلك ثم حلف بالطلاق ما فعلته وأنه أقر بذلك كاذبًا فإنه يصدق بيمين في القضاء ولا يمين عليه في الفتوى، فإن نكل طلق عليه الحاكم ويؤخذ بإقراره إن كان بحق لله أو لآدمي فيغرم الدين للمقر له ويقطع في السرقة لحق الله ويغرم لحق الآدمي، ويحد في الزنا والشرب لحق الله تعالى.

● **ص:**

وإن أقر بمحلوف عليه ثم رجع صدق في الفتوى.

● **ش:**

يعني: أنه إذا حلف بالطلاق أنه لا يتزوج أو لا يتسرى أو لا يسرق أو لا يزني أو لا يشرب الخمر، أو حلف بالطلاق ما تزوجت أو ما تسريت أو ما زنيت أو ما سرقت، ثم بعد الحلف أقر بالمحلوف عليه من التزوج وما بعده، ثم رجع عن إقراره بأن قال: كنت كاذبًا في إقراري بذلك فإنه يصدق في الفتوى.

قال في المدونة: فإن لم تشهد البينة على إقراره بعد اليمين وعلم هو أنه كاذب في إقراره بعد يمينه حل له المقام عليها بينه وبين الله. اهـ.

وقوله: فإن لم تشهد البينة... إلخ، أي بأن لم يرفع للقاضي وعلم هو من نفسه... إلخ. وأما في القضاء فلا يصدق في أنه كاذب في إقراره فينجز عليه الطلاق بالقضاء، ومثل إقراره بعد يمينه قيام البينة عليه بأنه فعل فلا يصدق في القضاء إن أنكر كما تقدم.

وقوله: وإن أقر بمحلوف عليه ثم رجع صدق في الفتوى، قال «الش»: ومنه رجوعه عن الإقرار بالطلاق أو الحلف.

يعني: أنه إذا أقر بطلاق زوجته أو بحلف بالطلاق على فعل أمر معين ثم رجع عن الإقرار بالطلاق أو الحلف وقال: كنت كاذبًا في إقراري بهما فإنه يصدق في الفتوى لا في القضاء.

● ص:

ولا تتزين من علمت بينونتها ألا مكرهة.

● ش:

يعني: أن الزوجه إذا علمت بأن زوجها أبانها ولم يكن لها بينة بذلك فلا يجوز لها أن تتزين له إلا مكرهة، وأولى لا تمكنه من نفسها إلا مكرهة، والإكراه هنا كالإكراه على الزنا كما سبق، كذا في «الش» تبعًا لـ«عب» وتعقب بأن هنا شبهة كما قال نفس «عب» أول الكلام لأنها زوجة، أفاده «حش».

ثم إن علمها بالبينونة له صور منها: أن يطلقها ثلاثًا أو طلاق الخلع أو قبل البناء فيما بينه وبينها ولا بينة لها ولا إقرار منه بذلك.

ومنها: أن يحلف بالطلاق أنه لا يفعل كذا كدخول دار أو تزوج أو تسر ثم يقر بأنه دخل أو تزوج أو تسرى وتسمع الزوجة إقراره بذلك ثم يقول: كنت كاذبًا في إقراري ولم تعلم الزوجة صدقه في قوله: كنت كاذبًا، فلا تمكنه من نفسها ولا تتزين له إلا مكرهة.

ومنها: أن تسمع أنه طلقها ثلاثًا والمدار على علم البينونة، وخرج بقوله: من علمت؛ بينونتها الرجعية، فإذا علمت بأنها طلقت رجعيًا فلا يحرم عليها التزين وليس لها الامتناع لاحتمال أنه راجعها فيما بينه وبين الله تعالى.

وقوله: ولا تتزين إلا مكرهة؛ قياسه ما في «ح» شهدت عليه بينه بأنه طلقها وقت كذا ولم يخرج من عندها ذلك الوقت لا يجوز لها أن تتزوج غيره لعلمها أنها زوجة والبينة كاذبة.

● ص:

ولتعتد منه، وهل تقتله إن لم ينته بغيره، خلاف.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا علمت بينونتها ولا بينة لها على ذلك فإنه يجب عليها أن تفتدي منه بكل ما أمكنها الافتداء به ولو بشعر رأسها لتخلص نفسها من زناه بها، فإن لم يطلقها وطلب منها الجماع فإنه يجب عليها أن لا تطيعه ولا تمكنه من

نفسها، وهل يجوز لها أن تقتله عند طلبه ذلك منها ولو غير محض إذا علمت أو ظنت أنه لا ينتهي عنها ولا يندفع بغير القتل كالصائل أو لا يجوز لها ذلك ولكن لا تمكنه إلا إذا خافت منه القتل؟ في ذلك خلاف، وكذا يجري الخلاف في من رأى يحاول امرأة على الزنا، وقولنا: كالصائل معناه: أن هذا من باب دفع الصائل لا من باب حد الزنا، حتى يقال: إن حد الزنا لا يقيمه إلا القاضي بشروط معلومة.

ثم شرع في بيان مسائل يؤمر فيها بالحنث من غير قضاء، فقال:

● **ص:**

وأمر به في إن كنت تحبيني ونحوه ولو نجز ولو أجابت بما يقتضي الحنث، وهل ندب أو وجوب مطلقًا أو أجابت يحنث وهو الظاهر، خلاف.

● **ش:**

قوله: وأمر به، أي بالفراق بكسر القاف، أي بمفارقها

وقوله: ونحوه، أي من كل مغيب لا يعلم إلا منها نحو: إن كنت تبغضيني أو تبغضي فلان مثلًا وتَبغضيني بفتح التاء من باب نصر، وقيل: بضمها.

والمعنى: أن الزوج إذا علق الطلاق على أمر مغيب لا يعلم صدقها فيه من دمه فإنه يؤمر بالفراق من جهة الشارع بلا جبر كقوله: إن كنت تحبيني أو تحبي فراقي أو تبغضيني أو تبغضي فراقي أو تبغضي فلانًا فأنت طالق، فإذا قال لها ذلك أمر بفراقها ولا ينجز عليه الطلاق بالقضاء مطلقًا سواء أجابت بما يقتضي البر نحو: لا أحبك، أو لا أحب فراقك، أو لا أبغضك، أو لا أبغض فراقك، لاحتمال كذبها.

وإلى هذا أشار بقوله: ولا ينجز ولو أجابت بما يقتضي الحنث، وهو أرجح التأويلين في الأصل نظرًا لاحتمال أن الواقع خلاف ما أجابت به، أي لا ينجز عليه نظرًا إلى ما في نفس الأمر وهو يحتمل أن يكون مطابقًا وغير مطابق، والتأويل الآخر يقول: محل عدم الجبر إذا أجابت بما يقتضي البر، أو سكتت، فإن أجابت بما يقتضي الحنث أجبر على الطلاق، أي ينجز عليه بالقضاء جبرًا.

ومثل الطلاق العتق، فإذا قال لها: إن كنت تحبيني أو تبغضيني فأنت حرة فإنه يؤمر بالعتق بلا جبر عليه.

وأشار بقوله: وهل ندب أو وجوب مطلقًا؛ إلى أنه اختلف في الأمر بالفراق فقيل: على سبيل الندب مطلقًا، وقيل: على سبيل الوجوب مطلقًا، سواء أجابت بما يقتضي البر أو الحنث، وقيل: إن أجابت بما يقتضي الحنث وجب الفراق، وإن أجابت بما يقتضي البر ندب، وهذا القول بالتفصيل هو الظاهر.

فيجب الفراق إن أجابت بالحنث نظرًا للقول بأنه ينجز عليه بالقضاء عند الإجابة بما يقتضي الحنث وهو القايل الثاني الذي قدمناه وعلى القول الراجح وهو عدم التخيير يحتاج لإنشاء صيغة طلاق لا أنه يفارقها بالصيغة الأولى، وهي صيغة التعليق على الحب أو البغض خلافًا لبعضهم، ذكره «الش» عن «ابن»، وعليه فلا يحسب عليه طلقتين بل طلقة واحدة؛ لأن الثانية إنما هي نتيجة شك، أي أن الثانية التي نثبتها إنما هي لإزالة الشك فلا تحسب عليه طلقة أخرى.

فإن لم ينشئ طلقة عند الفراق كانت عصمته عليها باقية لم تحل على هذا القول، وهو عدم التخيير.

تنبيهان:

الأول: إذا قال له: إن كنت دخلت الدار فأنت طالق فإن قالت: لم أدخل لم يلزمه شيء إلا إن تبين خلافه، وإن قالت: دخلت فإن صدقها جبر على الفراق بالقضاء، وإن كذبها أمر بفراقها من غير قضاء، وسواء فيما رجعت لتصديقه أو تكذيب أو لم ترجع. أفاده «دك»، وعبارة «دص» وأمر بالفراق بلا تخيير في قولها له فعلته بعد أن قال لها: إن كنت فعلت هذا الشيء فأنت طالق إذا لم يصدقها في فعل، فإن صدقها أجبر على فراقها.

الثاني: قال «الش»: لطيفة في رحلة العياش: حكاية وقعت في زمن محمد بن جرير الطبري ثم وقعت في زمن ابن عين الدولة، وهي أن امرأة قالت لزوجها: إن كنت تحبني فاحلف بطلاقي ثلاثًا كلما قلت لك تقول مثل ما قلته في ذلك المجلس، فحلف، فقالت له: أنت طالق ثلاثًا فأمسكها وارتفعا إلى ابن عين الدولة فقال: خذ بعقيصتها وقل: أنت طالق ثلاثًا إن طلقتك، قال السبكي: وكأنهما ارتفعا عليه في المجلس. اهـ.

ولعل البسط لا يعتبر ذلك، أي لا يعتبر اللزوم لأن بساط يمينه في دوام العشرة ولو عرف منها ذلك ما حلف وحينئذٍ فلا حاجة للتعقيب بالشرط الذي ذكره ابن عين الدولة وهو قوله: إن طلقتك؛ لأنه لا يلزمه أن يقول مثل ما تقول إلا أن يقال إنه نظر لمجرد اللفظ بقطع النظر عن البساط فلذا احتاج لما ذكر، كذا يظهر ولعله خير مما في «حش».

• ص:

وبالأيمان إن تحقق يمينًا ولم يدر ما هو.

• ش:

هذا متعلق بأمره السابق وهو عطف على الجار والمجرور المتقدم وهو به، أي وأمر المكلف بلا قضاء عليه بتنفيذ الأيمان التي شك فيها إن تحقق أنه حلف يمينًا وحنث فيها ولم يدر ما هو منها فإذا حلف يمينًا وحنث فيها وشك هل حلف بطلاق أو عتق ومشي أو صدقه فيطلق نسائه ويعتق رقيقه، ويمشي لمكة، ويتصدق بثلث ماله. قاله في المدونة.

والحاصل: أنه إن تحقق الحلف وشك في المحلوف به فإنه يجب عليه تنفيذ الجميع.

• ص:

لا إن شك هل طلق بخلاف العتق.

• ش:

يعني: أنه إذا شك هل طلق زوجته أو لا أو حلف وحنث أو لا فإنه لا شيء عليه، وكذا إذا شك في حلفه على فعل غيره هل فعله أو لا فلا شيء عليه في ذلك فلا يؤمر بالفراق، فقد توهمنا على القاعدة من إلغاء الشك في المنافع لأن الأصل عدم وجوده بخلاف الحدث الناقض للوضوء فلم يلغ لسهولة الأمر فيه وللاحتياط في الشروط وهو الصلاة لأنها أعظم أركان الدين.

والشك في الطلاق بخلاف الشك في العتق، فإذا شك هل أعتق أو لا لزمه العتق لتشوف الشارع للحرية فنظروا في العتق لتشوف الشارع للحرية ولم ينظر في الطلاق

للاحتياط في الفروج، وللفقهاء استحسانات.

وفهم من قوله: لا إن شك؛ أن الظن ليس كذلك، فمن ظن أنه طلق فهو كمن تيقن ذلك.

● ص:

وأمر إن شك غير المستنكح في حصول المعلق عليه، وهل يجبر؟ خلاف.

● ش:

يعني: أن الشخص الذي لم يستنكحه الشك بسبب الوسواس إذا علق الطلاق على شيء كدخول الدار ثم شك في حصول المعلق عليه وعدم حصوله وتعذر عليه التحقيق فإنه يؤمر بالطلاق اتفاقًا، وهل ينجز عليه، وينجز أو يؤمر به بلا جبر؟ خلاف، ولا بد من مستند للشك كرؤية شخص داخلًا في دار فيشك هل هو المحلوف عليه أو لا؟ لما في الأصل ولا يكفي مجرد سبق التعليق على الأظهر وفاقًا لما في «بن» رادًّا على «ر» فإن لم يكن للشك مستند فلا شيء عليه، واحترز بغير المتنكح من المستنكح بالوسواس فلا شيء عليه.

وصورة المسألة: أن يحلف على زيد بالطلاق أنه لا يدخل داره مثلًا فرأى شخصًا داخلًا الدار أو خارجًا منها فشك الحالف وهو سالم من الوسوسة هل هو زيد المحلوف عليه أو لا؟ فإنه يؤمر بالطلاق، وهل يجبر أو لا؟ خلاف، فإن كان موسوسًا فلا شيء عليه.

● ص:

وطلقتا إن قال: إحداكن طالق، إلا أن ينوي وحلف إن اتهم في المبقاة.

● ش:

يعني: أن من قال لزوجتيه: إحداكما طالق ولم ينو معينة، أو نواها ونسيها فإنهما يطلقان معًا، وكذا إن كن أكثر وقال: إحداكن طالق فيطلقن جميعًا، فإن نوى بالطلاق واحدة بعينها طلقت هي فقط، ويحلف في القضاء إن اتهم في التي أبقاها لجمالها مثلًا، أي بالله إنه لم يردها بالطلاق، فإن نكل طلقتا، وإن لم يتهم فلا يمين عليه، وأما في الفتوى فلا يمين عليه مطلقًا اتهم أو لا، وهذا في الطلاق.

وأما في العتق إذا لم يعين واحدة في بيته فإنه يختار واحدة وتعتق الأخرى لخفة أمر العتق لجواز الشركة فيه والتأجيل وغير ذلك، وخيره المدنيون في الطلاق أيضًا كالعتق حيث لا نية له.

تنبيه:

إذا حلف بالطلاق مطلقًا على شيء وحنث ولم يعين محلوف بها فنقل عن الفائق والمعيار أنه يختار واحدة منهما، والفرق بين هذه وبين السابقة حيث طلقتا معًا بلا خيار أن الطلاق في هذه وقع لفظه مطلقًا بخلاف السابقة فإنه معتد بقوله إحداكما، ولا يخفى أن هذا الفرق لا يناسب إلا مذهب من يعتبر الألفاظ كالشافعية، وأصل المذهب اعتبار المعاني فلا يظهر فرق كما في «حش»، والذي يظهر لي أن هذا الفرع مبني على طريقة المدنيين التي تقول بالتخيير في السابقة فلا إشكال.

● ص:

أو شك فيمن طلقها.

● ش:

عطف على قال: إحداكما، أي وطلقتا معًا إن شك في من طلقها منهما، يعني: أن من طلق زوجة معينة من زوجين فأكثر ثم شك فيمن طلقها أهندًا أو غيرها، أو حلف بطلاق واحدة فحنث ولم يدر من هي منهما ومنهن، فإنه يلزمه الطلاق في الجميع ناجزًا، فإذا تذكر في العدة صدق فيمن طلقها أو في من حلف بطلاقها، وإذا شك هل طلق واحدة من نسائه أو أكثر؟ فالجميع يطلق عليه للاحتياط ونفي التحكم.

تنبيه:

قوله: أو شك؛ جعل منه ابن عرفة ما لو رأى واحدة من زوجاته مشرفة من الكوة فقال: إن لم أطلقك فصواحباتك طوالق ثم التبست عليه المشرفة بأن ردت رأسها بسرعة فلم يعرف عينها وأنكرت كل واحدة منهن أن تكون هي المشرفة، قال ابن عرفة: يطلق الجميع من باب أو شك في من طلقها، والصواب قول تلميذه الأبي: يمسك واحدة لأنها إن كانت المشرفة فقد طلق صواحباتها وإن كانت غير المشرفة

فقد طلق المشرفة، وإلى هذا أشار بعضهم بقوله:

إذا قال إنسان لإحدى نسائه لئن لم أطلقك فهن طوالق
فإن نسيها منهن إذ هن أربع فيمسك زوجًا والثلاث يفارق

● ص:

أو ضرب.

● ش:

عطف أيضًا على: إن قال إحداكما، أي وطلقتا معًا إن أضرب عن طلاق الأولى إلى طلاق غيرها نحو: بل أنت أو لا أنت، ولا إن قصد بقوله: لا أنت النفي فظاهر عدم طلاق الثانية كما في «الش».

يعني: أنه إذا قال للأولى: أنت كذا يا هند، ثم قال للثانية: بل أنت يا دعد، أو أنت طالق يا هند لا أنت يا دعد، فإنهما يطلقان معًا إذا قصد الإضراب عن الأولى وإثبات الطلاق للثانية، ومعنى الإضراب في لا أنه بعد أن طلق الأولى رفعه عنها بلا وأوقعه على الثانية، وظاهر أنه لا يرتفع عن الأولى بعد وقوعه عليها فيطلقان، فإن قصد بلا النفي عن الثانية لا الإضراب فلا تطلق الثانية كما مر.

● ص:

واختار في أو أنت إلا أن يقصد طلاق الأولى ابتداء فهي فقط.

● ش:

يعني: أنه إذا قال لإحدى زوجتيه: أنت طالق، ثم قال للأخرى: أو أنت، ولا نية له خُيِّرَ في طلاق الأولى ابتداء، قبل التلفظ بالطلاق، فهي التي تطلق فقط لأنه لا يصح رفع الطلاق عنها بعد وقوعه ولا تطلق الثانية كما قال اللخمي لأنه جعل طلاقها على خيار له وهو لا يختار طلاقها حيث طلقت الأولى.

والحاصل: أنه إن لم تكن له نية فله الخيار، وإن نوى طلقها معًا طلقتا وإن نوى طلاق الأولى ابتداء طلقت فقط ولا تطلق الثانية.

فإن قصد بأو الإضراب عن الأولى وإثباته للثانية طلقتا، فـ«أو» كما تكون للتخيير تكون للإضراب كـ: «بل».

● ص:

وإن شك في عدده فالأحوط في حليتها بالأزواج وإن تذكر صدق بلا يمين.

● ش:

قوله: في حليتها؛ متعلق بالأحوط، وبالأزواج متعلق بمحذوف، أي الأحوط في حليتها لمطلقها أن تكون حاصلة بالأزواج بين تعليقاته وعقوده كما سيتضح لك.

يعني: أن الزوج إذا تحقق وقوع الطلاق على زوجته ثم شك في عدده فلم يدر هل طلق واحدة أو اثنين أو ثلاثًا فالأحوط أنها لا تحل له إلا بعد زوج لاحتمال كون الطلاق ثلاثًا فإذا تزوجها بعد زوج ثم طلقها طلقة فلا تحل له إلا بعد زوج لاحتمال أن يكون المشكوك فيه اثنين وهذه ثالثة، ثم إن تزوجها وطلقها لا تحل له إلا بعد زوج لاحتمال كون المشكوك واحدة وهاتان اثنتان محققتان، ثم إن طلقها ثالثة لم تحل له إلا بعد زوج لاحتمال أن يكون المشكوك فيه ثلاثًا وقد تحقق بعدها ثلاث، ثم إن تزوجها وطلقها الرابعة فلا تحل له إلا بعد زوج لاحتمال أن يكون المشكوك فيه اثنين فواحدة من الأربع تمام العصمة الأولى والباقي عصمة ثانية، ثم إن تزوجها وطلقها الخامسة فلا تحل له إلا بعد زوج لاحتمال أن يكون المشكوك فيه واحدة فانثتان من الخمسة تمام العصمة الأولى، والباقي عصمة ثانية، ثم إن تزوجها وطلقها السادسة فلا تحل له إلا بعد زوج لاحتمال أن يكون المشكوك فيه اثنين فواحدة تكملة للعصمة الأولى، والباقي عصمتان، ثم إن تزوجها وطلقها ثامنًا لم تحل له إلا بعد زوج لاحتمال أن يكون المشكوك فيه واحدة ثم إن تزوجها وطلقها تاسعًا فلا تحل له إلا بعد زوج لاحتمال أن يكون المشكوك فيه ثلاثًا، ثم إن تزوجها وطلقها عاشرًا فلا تحل له إلا بعد زوج لاحتمال أن يكون المشكوك فيه اثنتين فواحدة من العشرة تكملة للعصمة الأولى، وتبقى ثلاث عصمات وهكذا يدور الدور فلا تحل له وقتًا ما إلا بعد زوج فلا يتخلص من ذلك إلا أن يبت طلاقها كأن يقول: أنت طالق ثلاثًا، أو إن لم يكن طلاقي عليك ثلاثًا فقد أوقعت عليك تكملة الثالث فينقطع الدور وتحل له بعد زوج، وتسمى هذه المسألة الدورانية لدوران الشك فيها.

وإن تذكر الزوج أنه طلقها أقل من ثلاث صدق بلا يمين ويرجعها في العدة بلا عقد وبعدها بعقد لأنه إذا ذكر بعد العدة كان خاطبًا من خطابها فلا تحل له إلا بعقد، وإن بقي على شكه فلا تحل له إلا بعد زوج لما تقدم.

والحاصل: أنه متى شك أطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا لم تحل له وقتًا ما إلا بعد زوج لأن كل ثلاثة أزواج دور بقدر، لأولهم سبق طلقتين ولثانيهم واحدة ولثالثهم ثلاثة، والمخلص من هذا الدور أن يبتها ويستأنف عصمة محققة بعد زوج، ومتى ما لم ينقسم مجموع طلاق مع احتمال قبله على ثلاثة لم يحتج لمحلل مثلًا إذا شك هل طلق اثنين أو ثلاثًا فلا تحل له إلا بعد زوج لاحتمال أنه طلقها ثلاثًا، فإذا تزوجها بعد زوج ثم طلقها واحدة فلا تحل له إلا بعد زوج لاحتمال أن الأولى اثنين، وهذه واحدة، فإذا تزوجها بعد زوج ثم طلقها واحدة حلت له قبل زوج لأن الأول المشكوك فيه إن كان اثنين فقد كمل ثلاثًا بالطلقة التي بعد الزوج الأول، وتكون هذه الطلقة الأخيرة من عصمة جديدة، فتحل له بلا محلل، وإن كان المشكوك فيه ثلاثًا كانت هذه الطلقة الأخيرة ثانية من العصمة الثانية، فتبقى منها واحدة فتحل له بلا محلل أيضًا، فصار معه طلقتان كل واحدة بعد زوج، فإذا تم مجموعهما مع الطلقتين أو الثلاث المشكوك فيها لم يقسم على ثلاثة لأن الأربعة أو الخمسة لا تنقسم على ثلاثة قسمة صحيحة فلذا حلت له قبل زوج كما قال «الش».

ومتى ما لم ينقسم مجموع طلاق مع احتمال قبله على ثلاثة لم يحتج لمحلل، ومفهومه أنه إذا انقسم مجموع الطلاق مع احتمال من احتمالات الشك قبله لم يتزوجها إلا بعد محلل مثلًا إذا شك هل واحدة أو اثنتين أو ثلاث لا تحل إلا بعد زوج، فإذا تزوجها بعد زوج ثم طلقها واحدة لم تحل له إلا بعد زوج أيضًا؛ لأنك إذا ضممت هذه الطلقة للطلقتين على أحد احتمالات الشك كانت الجملة ثلاثة، والثلاثة تنقسم على ثلاثة، فإذا تزوجها بعد زوج ثم طلقها واحدة لم تحل له إلا بعد زوج لأن مجموع الطلاق المحقق ثنتان، هذه والذي قبلهما، فإذا ضممت مجموعهما لأحد احتمالات الشك وهو واحدة كانت الجملة ثلاثة وهي منقسمة

على ثلاثة، فإذا تزوجها بعد زوج ثم طلقها واحدة فلا تحل له إلا بعد زوج أيضًا لأن مجموع الطلاق المحقق بعد الأزواج ثلاثة، فإذا ضممتها لأحد احتمالات الشك وهو ثلاثة كانت الجملة ستة، والستة تنقسم على ثلاثة، وهكذا.

وبعبارة: ضابط ما تحرم فيه قبل زوج إن طلقها بعد أن تزوجها بعد زوج طلاقًا دون الثلاث كلما لم ينقسم مجموع عدد طلاقه بعد زوج مع عدد طلاق كل شك بانفراده على ثلاث لم تحرم، وإن انقسم ولو في صورة واحدة حرمت، قاله ابن عرفة، وهو ضابط نفيس فاحفظه.

● **ص:**

وإن تناقض حالفان على فعل أحدهما فهو أولى بالبر.

● **ش:**

معنى التناقض أن يحلف كل على نقيض ما حلف عليه الآخر، والفعل كالأكل، والدخول، وقوله: فهو، أي صاحب الفعل أولى بالبر إذا كان الفعل جائزًا في الشرع، وأما ما لا يجوز شرعًا كأخذ مال الغير أو ضربه أو شتمه فليس صاحبه أولى بالبر.

يعني: أنه إذا حلف شخص على آخر بالطلاق أو غيره لتفعلن كذا كأن تأكل هذا الطعام أو لتدخلن هذه الدار، فحلف الآخر بالطلاق أو غيره لا أفعلهن وترافعا لحاكم فصاحب الفعل أولى بالبر لحلفه على ما يملك ويقضي بحنث الآخر وهو رب الطعام أو الدار لحلفه على ما لا يملك، وهذا عند المشاحة، وأما إذا رضي صاحب الفعل فأكل ودخل حنث، وبر رب الطعام أو الدار، ويمكن برهما معًا بإكراه الفاعل على الأكل أو الدخول، إذا كانت الصيغة صيغة بر مع بقية الشروط السابقة.

وبعبارة: إذا صنع شخص طعامًا مثلًا ودعى الناس إليه وحلف على شخص أن تدخل داري مع الناس فحلف أنه لا يدخل دار صانع الطعام وتنازعا فإنه يقضى بحنث صاحب الطعام، فإذا أطاع المحلوف عليه بالدخول وحنث نفسه فلا حنث على واحد منهما، أما صانع الطعام فإنه حلف على الدخول وقد حصل، وأما المحلوف عليه فلأنه دخل مكرهًا.

● ص:

وإن قال: إن كلمت إن دخلتُ لم تطلق إلا بهما.

● ش:

هـذا يسمى تعليق التعليق، يعني: أنه إذا علق الطلاق أو العتق أو المشي أو غير ذلك على مجموع أمرين فلا يحنث إلا بهما، فإذا قال لزوجته: إن كلمت زيدًا إن دخلت الدار فأنت طالق لم تطلق إلا بهما معًا، أي بالكلام والدخول جميعًا، سواء فعلت الأمرين على ترتيبهما في التعليق أو على عكسه خلافًا لمن قصر الحنث على الثاني، وهو فعلها على عكس الترتيب لأنه علق الأول على الأخير، وكأنه قال: إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت، فإذا فعلته قبله فلغو، وإنما خالفنا من قصر الحنث على الثاني لأن الإنصاف احتمال العكس وهو أنه علق الأخير على الأول، وكأنه قال: إن كلمت فإن دخلت الدار فأنت طالق فاضبط في ذلك، وحنثوه بفعل الأمرين على الترتيب أو على عكسه، ولم يجعلوا هذه المسألة مثل: إن دخلت الدارين، بحيث يحنث بأحدهما لتعدد التعليق في هذه المسألة دون إن دخلت الدارين لأنه تعليق واحد.

وبعبارة: إذا علق الطلاق على أمرين فلا حنث عليه إلا بمجموعهما سواء فعلهما على الترتيب في اللفظ أو على عكسه أو فعلهما معًا في ما يمكن فيه ذلك، ولا يخالف هذا ما مر في باب اليمين من التحنث بالبعض لأن المراد من التحنيث بالبعض أن يكون الفعل صادقًا على الكل وعلى البعض، كقوله: إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق، فإن الأكل صادق بكل الرغيف وببعضه، وأما الشرطين فكل منهما غير الآخر وغير صادق عليه، وهذا شك عليه قوله لها: إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق، فدخلت إحداهما فإنه يحنث بذلك مع أن كل دار غير الأخرى وغير صادقة عليها ولكن إن تقول لا إشكال لأن قوله: إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق، مثل قوله لها: إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق، فكما أن الأكل في الرغيف صادق بالكل وبالبعض كذلك الدخول في الدارين صادق بالكل وبالبعض. اهـ من «خ».

تنبيه:

إذا علق الطلاق على أكثر من شيئين نحو: إن أكلت و إن كلمت إن دخلت فأنت طالق، لا تطلق إلا بالجميع.

ولما فرغ من مسائل التعليق شرع فيما تلفق فيه الشهادة وما لا تلفق من إنشاء أو تعليق.

وحاصل الكلام: أن التلفيق يكون في الأقوال ولو اختلفت إذا اتفق معنى القول وفي الفعل المتحد لا المختلف فيه ولا في القول والفعل، فأشار إلى تلفيق القولين بقوله:

● **ص:**

وإن شهد شاهد بحرام وآخر ببتة.

● **ش:**

يعني: أنه إذا شهد عليه شاهد أنه قال لزوجته: أنت عليَّ حرام أو إن دخلت الدار فأنت حرام، وشهد عليه شاهد آخر بأنه قال لها: أنت طالق البتة أو أنت طالق بالثلاث، فإن شهادتهما تلفق ويلزمه الطلاق الثلاث لاتفاقهما في المعنى على البينونة، وإن اختلف اللفظ، وكذا إذا شهد عليه أحدهما بالأيمان تلزمني، والآخر بالحلال عليَّ حرام فإن الشهادة تلفق، فقوله: لفقت؛ الآتي راجع لهذه المسألة وما بعدها.

● **ص:**

أو بإنشائه وحنث تعليقه.

● **ش:**

يعني: أنه إذا شهد عليه شاهد بإنشاء الطلاق كقوله: أنت طالق وشهد عليه آخر بأنه حنث بالتعليق بأن أقر أنه علق الطلاق على أمر وحنث، فإنها تلفق الشهادة لإنشاء الطلاق قول والإقرار بالحنث قول.

● **ص:**

أو فعل المعلق عليه.

● **ش:**

يعني: أنه إذا شهد عليه بفعل المعلق عليه في زمانين أو مكانين فإنها تلفق

الشهادة.

وصورة الأولى: وهو فعل المعلق عليه في زمانين أن يقول: إن دخلت دار زيد فهي طالق وثبت عليه ذلك بالبينة أو بالإقرار، ثم يشهد عليه شاهد أنه دخلها في رمضان ويشهد عليه الآخر أنه دخلها في ذي الحجة فإن الشهادة تلفق ويلزمه الطلاق؛ لأن الدخول فعل واحد وإن اختلف زمنه.

وكذا تلفق الشهادة إذا شهد أحدهما أنه علق الطلاق في رمضان على دخول الدار وشهد الآخر أنه علقه على الدخول في ذي الحجة؛ لأنهما شهدا بقول واحد وهو التعليق، وإن اختلف زمنه، فإذا ثبت الدخول بعد ذلك بهما أو بغيرهما أو بإقراره لزمه الطلاق.

وحذف «المص» هذه الصورة من الأصل لأن التعليق في حد ذاته لا يلزم به شيء والمدار على ثبوت فعل المعلق عليه الذي ذكره.

وصورة الثانية: أن يعلق الطلاق على كلام زيد ويثبت التعليق ببينة أو إقرار، ثم يشهد عليه شاهد بأنه كلمه في السوق مثلًا، ويشهد عليه آخر أنه كلمه في المسجد فتلفق الشهادة لأن الكلام شيء واحد وإن اختلف مكانه، واليمين بالله والعتق كالطلاق في جميع ذلك، وقوله: في زمانين أو مكانين؛ راجع لهذه المسألة والتي بعدها.

● ص:

أو الإنشاء في زمانين أو مكانين لفقت.

● ش:

يعني: أنه إذا شهد عليه بإنشاء الطلاق في زمانين أو مكانين فإنها تلفق الشهادة حيث لم تنقض عدة الزمان الأول قبل الثاني كما حققه «ر»، فإن انقضت العدة فلا تلفق، وظاهر أنه لا يحتاج لذلك إلا إذا كان الطلاق رجعيًا.

وفي «خ»: الشهادة تلفق مطلقًا سواء كان الزمن تنقضي فيه العدة أو لا؛ لأن الطلاق إنما يقع من يوم الحكم بشهادتهما.

وصورة المسألة: أن يشهد عليه شاهد أنه طلق امرأته بمصر في رمضان مثلًا،

ويشهد عليه الآخر أنه طلقها بمكة في ذي الحجة، فقد اختلف الزمان والمكان ولكن المشهود به واحد وهو قول، فتلفق الشهادة أن لا تنقضي العدة في هذا الزمان كما سبق، وأن يكون بين الزمانين أو المكانين مدة يمكن فيها عادة أن ينقل الزوج من مصر إلى مكة كما مثلنا.

أما إذا لم يمكن كعشرة أيام مثلًا فهو تكاذب فتسقط شهادتهما.

والحاصل: أنه لا بد من إمكان الذهاب عادة بين المكانين، ومن ثَمَّ حنثوا من حلف ليحجن السنة فلم يسافر وأذهبه ولي إلى الحج وشهد له الحجاج؛ لأن اليمين محمولة على العادة فإذا ادعى نية دينه المفتي.

وقوله: لفقت، أي الشهادة؛ راجع لجميع المسائل كما قدمنا.

ثم أشار إلى ما لا تلفق فيه الشهادة فقال:

● **ص:**

لا تعليقه على فعلين.

● **ش:**

يعني: أن الشهادة لا تلفق في تعليق الطلاق على فعلين مختلفين في الحنث كشهادة أحدهما أنه حلف: لا أدخل الدار، وقد دخلها وآخر أنه لا يركب الدابة وقد ركبها وحلف على نفي ما شهدا به، فإن نكل حبس، فإن طال سجنه دين.

وأما إذا علق الطلاق على فعلين متحدي الجنس فتلفق كتعليق الطلاق على دخول دار فليشهد أحدهما بدخولها في رمضان والآخر بدخولها في ذي الحجة كما مر.

● **ص:**

أو بالتعليق أو الفعل.

● **ش:**

أي: وكذا لا تلفق الشهادة في التعليق وفعل المعلق عليه كأن يشهد عليه أحدهما بأنه علق الطلاق على دخول الدار أو على الكلام ويشهد عليه الآخر بالدخول أو الكلام فتحصل أنها لا تلفق الشهادة في فعلين ولا في فعل وقول.

● ص:

ولزم للمتفق عليه إن اختلفا في العدد وسجن حتى يحلف، فإن طال سجنه خلي سبيله.

● ش:

يعني: أن الشاهدين إذا اختلفا في عدد الطلاق الذي شهدا به على المنكر فإنه يلزمه ما اتفقا عليه في الشهادة ويلغى المختلف فيه، فإذا شهد أحدهما أنه طلقها واحدة وشهد الآخر أنه طلقها اثنين أو ثلاثًا لفقت الشهادة في الواحدة المتفق عليها فيلزمه واحدة ويحلف على نفي الزائد، فإن لم يحلف سجن حتى يحلف، فإن طال سجنه خلي سبيله ووكل لدينه ولا يلزمه إلا واحدة.

ثم شبه في الحلف والسجن... إلخ قوله:

● ص:

كإن شهدا بطلاق واحدة نسياها.

● ش:

قوله: نسياها؛ أي عند أداء الشهادة بعد أن عرفاها عند الطلاق، يعني: أنه إذا شهد عليه شاهدان بطلاق واحدة معينة من نسائه ثم نسيا اسمها أو نسيا عينها فأنكر الزوج ذلك وكذبهما فإن الشهادة لا تقبل لعدم تعيين المشهود بطلاقها، والشهادة إذا بطل بعضها بطل كلها، لكن يلزم الزوج اليمين أنه ما طلق واحدة من نسائه، فإن حلف برئ، وإن نكل حبس حتى يحلف، فإن طال سجنه وهو مُصِر على النكول دِينَ ولا شيء عليه، وإنما لزمه اليمين لأن البينة أوجب التهمة.

● ص:

أو قام ثلاثة كل يمين.

● ش:

عطف على مدخول الكاف؛ يعني: أنه إذا شهد ثلاثة على رجل كل واحد شهد عليه بيمين حنث فيه كشهادة واحدة أنه حلف لا أكلم زيدًا وكلمه، وشهد الثاني أنه لا يركب الدابة وأنه ركبها، والثالث حلف أنه لا يدخل الدار وأنه دخلها، فإنه يحلف

يمينًا واحدة لرد شهادة كل واحد منهم، ولا يلزمه طلاق على الراجح خلافا لما في الأصل، فإن نكل حبس، فإن طال دين.

وفي الأصل: إن نكل يلزمه الثلاث، وهو مبني على القول الضعيف لمالك وهو التطليق بالنكول، وهذا القول هو المرجوع عنه، والمرجوع إليه ما مر من أنه إذا نكل يحبس حتى يحلف فإن طال سجنه دين، وقيل: يلزمه واحدة لاجتماع اثنين عليها.

* * *

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

[وصل في حكم النيابة في الطلاق]

ولما أنهى الكلام على أركان الطلاق، ومنها الأهل وهو الزوج أصالة، أخذ يتكلم عن نائبه، فقال:

● ص:

وصل.

● ش:

ذكر فيه حكم النيابة في الطلاق، وهي أربعة تخيير وتمليك وتوكيل ورسالة، والتخيير هو جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثًا صريحًا أو حكمًا حقًّا لغيره.

مثال الصريح: اختاري نفسك، أو طلقني نفسك ثلاثًا، أو ملكتك ثلاثًا، وشبه ذلك.

ومثال الحكمي: اختاريني، أو اختاري نفسك، أو اختاري أمرك، ونحو ذلك.

والتمليك: هو جعل إنشائه حقًّا لغيره راجحًا في الثلاث يختص بما دونها بينة، ومن صيغه: جعلت أمرك أو طلاقك بيدك، أو مكنتك أمرك، أو طلاقك أو وليتك أمرك، أو طلقي نفسك.

والتوكيل: جعل إنشائه بيد الغير باقيًا منع الزوج منه، أي من إيقاعه فله عزل وكيله متى شاء.

والرسالة: هي أن يرسل الطلاق مع غيره كأن يقول لرجلين: أعلماها بأني طلقتها، ويلزم الطلاق وإن لم يعلماها.

والفرق بين التخيير والتمليك أمر عرفي فقولهم: للزوج البقاء على العصمة والذهاب لمناكرة المملكة دون المجبرة إنما شاء من العرف، وعلى هذا ينعكس الحكم بانعكاس العرف.

والحاصل: أن مالكًا رحمه الله تعالى جعل ذلك من صريح الطلاق لعادة كانت في زمانه ولم يجعله من الكنايات كما قال الأئمة الثلاث، والعرف الآن قد تغير

حتى لم يعد أحد يستعمل هذه الألفاظ إلا في غاية الندور، وإذا تغير العرف بطل ما انبنى عليه من أمر التخيير والتمليك وصارا من الكنايات المحضة كما قال الأئمة الثلاث، إذ القاعدة أن اللفظ متى كان الحكم فيه مستندًا لحكم عادي بطل ذلك الحكم عند بطلان تلك العادة وتغير إلى حكم آخر هذا محصل ما نقل عن القرافي.

وبدأ بحكم التخيير والتمليك فقال:

● ص:

الراجح جواز التخيير والتمليك.

● ش:

يعني: أنهم اختلفوا في التخيير بالجواز والكراهة في المدخول بها وغيرها لأن موضوعه الثلاث، وأما كونه يناكر غير المدخول بها فهذا شيء آخر، والراجح من الخلاف الجواز لأن الثلاثة غير مجزوم بها حتى يقال: الوسيلة تغطي حكم مقصدها أن يجوز أن تطلق واحدة وبطلان ما بيدها بذلك وعدمه شيء آخر على أن الغالب أن النساء يتخذن أزواجهن ولا يخترن الفراق.

وأما التمليك فهو جائز بلا خلاف إلا إذا قيد بالثلاث فيجري فيه الخلاف المتقدم، فقيد الرجحان في كلام «المص» منصب على التخيير كالتمليك إذا قيد بالثلاث، قال «خ»: وانظر التوكيل إذا قيد بالثلاث والظاهر الكراهة قطعًا.

● ص:

وليس له عزلهما ولا عزل الوكيل عليهما، بل على الطلاق وإن هي إلا لحق كأن تزوجت غيرك.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا خيَّر زوجته أو ملكها أمرها فليس له عزلهما بعد التخيير أو التمليك عن إيقاع الطلاق، فقوله: ليس له عزلهما، أي المخيرة والمملكة، وإذا وكل غيره على أن يملك زوجته أو يخبرها نيابة عنه فليس له عزل الوكيل على التخيير أو التمليك على الراجح مما في الأصل، كما أشار لذلك بقوله: ولا عزل الوكيل عليهما، أي على التخيير والتمليك، وأما إذا وكل غيره على إنشاء الطلاق نحو:

وكلتك على طلاقها أو جعلته لك توكيلًا أو فوضته لك توكيلًا فله عزل الوكيل على الطلاق قبل إيقاعه، ولو كان الوكيل هو الزوجة لأن كل موكل له عزل وكيله إلا لحق للزوجة في تعليق للطلاق زائدًا على التوكيل فليس له عزلهما كأن تزوجت غيرك أو تسريت عليك أو أخرجتك من بلدك فأمرك أو أمر الداخلة بيدك توكيلًا فليس له حينئذٍ عزلها لأن الحق وهو دفع الضرر قد تعلق لها فليس له عزلها عنه.

وإلى ذلك أشار بقوله: بل على الطلاق وإن هي إلا لحق في تعليقه، أي ليس له عزل الوكيل على التخيير والتمليك بل له عزل الوكيل على الطلاق، ولو هي أي الزوجة إلا إذا تعلقت لها حق زائدًا على التوكيل فليس له عزلها، وإنما كان له عزلها في توكيلها على الطلاق حيث لم يتعلق لها حق وليس له عزلها في التخيير والتمليك دونهما لأنه في التوكيل جعلها نائبة عنه في إنشائه وأما فيهما فقد جعل لها ما كان يملك، ولذلك يحال بينهما حتى تجيب فيهما كما قال:

● ص:

وحيل بينهما فتوقف ولو قال: لسنة.

● ش:

يعني: أنه يحال بين الزوجين وجوبًا فيمنع منها ولا يقربها وهذا حيث لا عزل للزوج وذلك في التخيير والتمليك والتوكيل إن تعلق لها به حق، فإن لم يحل بينهما أدى إلى الاستمتاع بعصمة مشكوك فيها بخلاف التوكيل الذي لم يتعلق لها فيه حق فلا يحال بينهما لقدرة الزوج على عزلها، فلو استمتع بها لكان ذلك منه عزلًا ومحل الحيلولة إن لم يعلق التخيير أو التمليك على شيء كقدوم زيد فإن علق فلا حيولة حتى يحصل المعلق عليه، وإذا حيل بينهما فتوقف المملكة والمخيرة أو من تعلق لها حق في التوكيل على يد الحاكم أو من يقوم مقامه أو موكله إلى تمام حتى تجيب بما يقتضي ردًا أو أخذًا بما يأتي ولا تمهل.

ولو قال لها الزوج: أنت مخيرة أو مملكة كجماعة المسلمين سنة، فإن وطئها طائعة زال ما بيدها ولا قضاء لها بعد الأجل.

وبعبارة: لا شك أن مفاد قوله: وحيل، غير مفاد قوله: ووقعت، إذ مفاد الأول منع

الزوج منها ومنعها منه، ومفاد الثاني طلبها بأن تقضي بإيقاع الطلاق أو رد ما بيدها، فإن أجابت بشيء فظاهر، وإلا أسقط الحاكم ما بيدها ولا تمهل، ولو رضي الزوجُ لحق الله لما فيه من البقاء على عصمة مشكوكة كما أشار لذلك بقوله:

• ص:

فإن لم تقض أسقطه الحاكم.

• ش:

يعني: أنها إذا وقعت عند الحاكم فإنه يأمرها بإيقاع الطلاق أو رد ما بيدها فاقتضت بشيء فظاهر وإن لم تقض بشيء أسقط الحاكم ما بيدها ولا يمهلها، وإن رضي الزوج أو هي معه كما سبق.

• ص:

وعمل ما يفيد الطلاق أو البقاء.

• ش:

يعني: أن المملكة أو المخيرة إذا وقفت عند الحاكم وطلبها بالجواب، فإن أجابت بشيء فإنه يعمل بجوابها سواء أفاد الطلاق أو البقاء معه، فإن أجابت بما يقتضي الطلاق عمل بمقتضاه سواء أجابت بصريح الطلاق كأنا طالق منك أو طلقت نفسك.

وبكتابة ظاهرة كأنا بائنة أو أنت بائن مني أو خلي أو بري أو حرام أو اخترت نفسي أو لست لك بزوجة.

أو بكناية خفية أرادت بها الطلاق كاسقني الماء، وإنما عمل بجوابها بالكناية الخفية لقيامها مقام الزوج في ذلك.

والحاصل: أنه يعمل بما يفيد الطلاق ولو كناية خفية أرادت بها الطلاق كما في «بن» ردًا على «عب» في إلغاء الكناية الخفية، ولا فرق فيما يفيد الطلاق بين القول والفعل كما يأتي، وإن أجابت بما يقتضي البقاء عمل به كأن تقول: اخترتك زوجًا أو رددت لك ما ملكتني أو لا أقبله منك.

ولا فرق فيما يفيد البقاء بين القول كهذه الأمثلة أو الفعل كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

كتمكينها ولو جهلت الحكم لا التمليك، والقول قولها بيمين أنه أكرهها إلا في الوطء.

● ش:

يعني: أنه يعمل بما يفيد البقاء قولًا أو فعلًا كما إذا أمكنته من نفسها فإذا أمكنته من الوطء أو مقدماته طائعة عالمة بالتمليك أو التخيير أو التوكيل وإن لم يحصل وطء أو مقدماته سقط خيارها ويبطل ما بيدها، ولو جهلت الحكم بأن لم تعلم أن التمكين مسقط للخيار فلا تعذر بالجهل.

وأما إذا جهلت التمليك أو التخيير بأن لم تعلم به ومكنته فلا تسقط ما بيدها لعذرها بذلك، فقوله: لا التمليك عطف على الحكم، أي لا إذا أمكنته جاهلة بالتمليك أو التخيير أو التوكيل فلا يبطل ما بيدها.

ومثل تمكينها ما لو ملك أمرها لأجنبي فأمكنه منها بأن قال له شأنك بها أو خلي بينه وبينها طائعًا فإنه يبطل ما بيده وإذا تنازعا بعد التمكين بالوطء أو مقدماته، فقال الزوج: مكنتني طائعة، وقالت: مكنته مكرهة، فالقول قولها بيمين أن أكرهها إلا في الوطء فلا تصدق في الإكراه عليه لأنه يبعد الإكراه عليه لأنه يكون على هيئة وصفة خاصة بخلاف نحو القبلة فإنه يمكن الاستفعال عليها.

ثم أشار للفعل المحتمل، فقال:

● ص:

والظاهر أن نحو نقل قماشها ليس طلاقًا إلا لبينة أو عرف.

● ش:

قوله: نحو؛ أدخل به تغطية الوجه، يعني: أن المرأة إذا خيرها زوجها أو ملكها فنقلت قماشها كله أو بعضه أو غطت وجهها بخمارها ونحو ذلك من الأفعال المحملة للطلاق وعدمه، فهل يكون ذلك طلاقًا ثلاثًا في التخيير وواحدة في التمليك أو لا يكون طلاقًا أصلًا؟ تردد للمتأخرين في النقل عن المتقدمين، والظاهر من هذا التردد أنه ليس طلاقًا إلا إذا نوت به الطلاق أو جرى بذلك عرفًا

فإنه يكون طلاقًا قطعًا، فإذا نقلت القماش الذي جرت العادة بنقله عند الطلاق كان ذلك قرينة على إرادة الطلاق.

تنبيه:

إذا جعل لها التخيير أو التمليك في زمن معين كيوم أو شهر ومضى الزمن وهي حاضرة ولم تختر شيئًا فإنه يسقط ما بيدها. ذكره الأصل هنا، وسيأتي لـ«المص»: وإذا خيرها أو ملكها ثم طلقها بائنًا بخلع أو بتات ثم ردها للعصمة فإنه يسقط خيارها لأن عودها للعصمة يستلزم رضاها به أما لو طلقها رجعيًا ثم راجعها فلا يسقط ما بيدها لأن الرجعية كالزوجة.

ثم أشار للقول المحتمل فقال:

● **ص:**

ونويت في قبلت.

● **ش:**

يعني: أن المراة إذا خيرها أو ملكها أو وكلها فقالت قولًا محتملًا للطلاق والبقاء نحو: قبلت فقط، أو قبلت أمري، أي شأني، أو قبلت ما ملكتني، فإنها تنوي في ذلك، ويقبل منها ما فسرت به هذا القول المحتمل، فإذا قالت: نويت بقولي قبلت البقاء في عصمتك أو قبلت الطلاق قُبِل منها ذلك، وإذا قالت: نويت بذلك البقاء على ما أنا عليه من توكيل أو تخيير أو تمليك حتى أتروى، فيحال بينهما في الأخرين حتى تجيب، وله العزل في الأول، وإذا لم تفسر حتى حاضت أو وضعت حملها فقالت: أردت طلقة واحدة قُبِل منها بلا يمين ولا رجعة عليها لتفريط الزوج بكونه لم يوقفها ولم يستفسرها قبل انقضاء العدة.

● **ص:**

والحكم في اخترت نفسي وزوجي أو عكسه للمتقدم.

● **ش:**

الحكم مبتدأ وللمتقدم جار ومجرور خبر؛ يعني: أن المرأة إذا خيرها الزوج أو ملكها فأجابت بمتنافيين كأن قالت: اخترت نفسي وزوجي، أو عكسه بأن قالت:

اخترت زوجي ونفسي، فإن الحكم للمتقدم من اللفظين ويعد الثاني ندمًا، ففي الصورة الأولى يقع الطلاق بخلاف الثانية وهي صورة العكس فيسقط ما بيدها وتبقى زوجة وإن قالت: اخترتهما فالظاهر وقوع الطلاق ولا ينظر للمتقدم في مرجع الضمير الواقع من الزوج تغليبًا لجانب التحريم، فلو شك في أيهما المتقدم فإنه لا يؤمر بالطلاق كمن شك هل طلق أو لا وليس كمن تيقن الحلف بالطلاق إن دخل فلان وشك هل دخل أم لا، وكذا لا يلزمه الطلاق إن تحقق النطق، أي نطقها بأحدهما وشك في عينه. أفاده «خ».

● **ص:**

ونويت في طلقت واخترت الطلاق وهل يحمل على الواحدة حيث لا نية وهو الأقرب أو الثلاث خلاف.

● **ش:**

يعني: أن المرأة إذا خيرها الزوج أو ملكها فقالت: طلقت نفسي أو زوجي أو أنا مطلقة أو هو مطلق أو اخترت الطلاق فإنها تنوي في عدد الطلاق فتسأل في المجلس وبعده عما أرادت من العدد، فإن قالت: أردت الثلاث لزمت في التخيير فلا مناكرة له إن كانت مدخولًا بها، وناكر في التمليك مدخولًا بها أو لا، وكذا في التخيير لغير مدخولًا بها، وإن قالت: أردت واحدة بطل التخيير من أصله في المدخول بها، فإن لم يدخل لزمته الواحدة كما تلزمه بإرادته في التمليك، وإن قالت: لم أنو عدد أمضيا، فهل يحمل قولهما طلقت أو اخترت الطلاق على الواحدة وهو الأقرب لأنها الأصل فتلزم في التمليك مطلقًا، وفي التخيير لغير مدخول بها ويبطل في المدخول بها، أو يحمل على الثلاث فيلزم في التخيير إن دخل ناكرًا أو لا كأن لم يدخل إذا لم يناكر كالمملكة مطلقًا في ذلك خلاف.

● **ص:**

واخترت نفسي بتة.

● **ش:**

يعني: أن الزوجة إذا خيرت أو ملكت فقالت اخترت نفسي فتلزم البتة، أي

الطلاق الثلاث.

ولما كان في المناكرة وهي عدم رضى الزوج بما أوقعته المرأة تفصيل بين المخيرة والمملكة والمدخول بها وغيرها أشار لذلك بقوله:

● **ص:**

وناكر المملكة كالمخيرة قبل البناء.

● **ش:**

يعني: أن للزوج أن يناكر زوجته المملكة مطلقًا دخل بها أو لا إذا وقعت أكثر من طلقة بأن يقول: ما أردت إلا واحدة، وكذا له مناكرة المخيرة حيث أوقعت أكثر من واحدة إذا لم يدخل بها لأن الواحدة تكفي في إبانتها فإن دخل بها لزمه ما أوقعته من الاثنين أو من الثلاث وليس له مناكرتها لأن القصد من التخيير البينونة وهي لا تبين بعد الدخول في غير خلع إلا بالثلاث والناكرة «الش» قيل: حكم هذا الباب مبني على مناسبة لغوية. اهـ.

يعني: أن حكم هذا الباب وهو أن التخيير يلزم فيه الثلاث والتمليك يلزم فيه واحدة مبني على مناسبة لغوية وهي أن التخيير بين اثنتين يقتضي انتفاء أحدهما عند اختيار غيره فاقتضى البينونة إذا اختارت نفسها، وأما التمليك فهو إعطاء مطلق يصدق بالواحدة وبالأكثر فاقتضى الواحدة، ولما كان هذا ضعيفًا حكاه «الش» بقيل.

وفي «بن» عن فروق القرافي أن هذا الحكم مبني على عرف كان ومضى حتى إنه إذا انتوى هذا الفرق يكون التخيير أو التمليك من الكناية الخفية كما هو مذهب الأئمة الثلاث واستظهره شارحه وهو ابن الشطاط، وكلام الفروق وشرحه وجيه، وقد قال العلماء عليك بفروق القرافي ولا نقبل منها إلا ما قبله ابن الشطاط، هذا مفاد «الش» و«حش» وقد قدمنا ما يوافق ذلك.

ومثل الزوجة في المناكرة الأجنبي إذا جعل له الزوج التخيير أو التمليك فله مناكرته.

ثم إن المناكرة بشروط أشار لأولها وثانيها بقوله:

● ص:

إن زاد على الواحدة ونواها.

● ش:

يعني: أن الزوج يناكر المملكة مطلقًا والمخيرة قبل البناء بشروط:

أولها: أن يزيدا فيما أوقعاه على الواحدة بأن يقول: ما أردت إلا واحدة فلا تفيد مناكرته في الواحدة بأن يقول: ما أردت طلاقًا.

الثاني: أن ينوي الواحدة عند التخيير أو التمليك فإن لم ينوها عند ذلك لزم ما أوقعته، وإن نوى اثنتين ناكر في الثالثة فلا مفهوم للواحدة فلو قال: إن نوى دون ما أوقعته؛ لكان أشمل وأوضح، فإن لم ينو شيئًا فلا مناكرة له فيما بينه وبين الله تعالى لأن النية أمر قلبي لا يعلم إلا من جهته، ثم إن النية لا تقبل إلا إذا احتملها اللفظ لا إن أتى بأداة تكرار، نحو: كلما شئت فأمرك بيدك فلا نكرة له كما نص عليه ابن الحاجب.

وأشار للثالث والرابع من الشروط فقال:

● ص:

وبادر ولم يشترط في العقد، وفي حمله على الشرط إن أطلق الموثق خلاف.

● ش:

يعني: أن الشرط الثالث: أن يبادر الزوج للإنكار عند سماعه الزائد على الواحده فلو لم يبادر أو أراد المناكرة وادعى الجهل في ذلك لم يعذر بالجهل، وسقط حقه في المناكرة فيلزم ما أوقعته.

والرابع: أن لا يكون التخيير أو التمليك مشترطًا لها في عقد نكاحها فإن اشترط لها ذلك في العقد فلا مناجزة له فيما زاد على الواحدة بنى بها أو لا لكن له رجعة المدخول بها إن أبقت شيئًا من العصمة خلافًا لسحنون في أنه لا رجعة له في المدخول بها لرجوع الشرط إلى الخلع لأنها أسقطت من صداقها للشرط.

والحاصل: أن مجرد الاشتراط لا يوجب أن يكون الطلاق بائنًا فإذا اشترط لها التملك أو التخيير فقضت بطلقتين، وقلنا ليس له مناكرة في المشترط إن زادت على

الواحدة لا ينافي ذلك أن له رجعتها، وقال سحنون: أنه بائن لا رجعة فيه لأنها أسقطت شيئًا من المهر في نظير الشرط فرجع للخلع وطلاق الخلع بائن، فإن تطوع لها بالشرط بعد العقد فله المناكرة وإن احتمل الشرط وعدمه فأشار له بقوله: وفي حمله على الشرط إن أطلق الموثق خلاف، يعني: أن الموثق إذا كتب في وثيقة النكاح أن أمرها بيدها إن تزوج عليها مثلًا ولم يعلم هل وقع ذلك في العقد على سبيل الشرط أو بعده طوعًا فهل يحمل ذلك على الشرط فلا مناكرة له أو يحمل على الطوع بعد العقد فله المناكرة في ذلك؟ خلاف، فإطلاق الموثق معناه أنه يذكر أن أمرها بيدها إن تزوج عليها ولم يبين هل ذلك على سبيل الشرط أو على سبيل الطوع.

● ص:

وحلف إن أراد ردها.

● ش:

يعني: أن الشرط الخامس: أن يحلف إن أراد ردها قبل زوج أو أراد رجعتها إلا ما أراد إلا طلقة واحدة، فإن لم يحلف وقع ما أوقعته ولا ترد عليها اليمين.

وأفهم قوله: وحلف إن أراد ردها؛ أنها كانت مدخولًا بها يعجل اليمين وقت المناكرة للحكم له الآن بالرجعة وثبت لها أحكام الرجعة من نفقة وغيرها، وإن لم يكن دخل بها يحلف عند إرادة العقد عليها لا قبله، فإن لم يرده فلا يمين عليه لجواز أن لا يتزوجها.

الشرط السادس: أن لا يكرر أمرها بيدها، أما إن كرره بأن قال لها: أمرك بيدك أمرك بيدك أمرك بيدك، فلا مناكرة له فيما زاد ويقع ما أوقعت إلا أن ينوي بالتأكيد باللفظ الثاني والثالث كما إذا قالت المرأة: طلقت نفسي وكررته فهو على التأسيس إلا أن ينوي التأكيد فيقبل قبل الافتراق كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

وتكرر أمرها بيدها تأسيس إلا لبينة بالمجلس.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا كرر أمرها بيدها إن تزوج عليها مثلًا فإنه يحمل تكراره على

التأسيس فلا مناكرة له فيما زادته إلا لنية تأكيد في المجلس قبل الافتراق فله المناكرة فلا تقبل نية التأكيد مع اختلاف المجالس، وأما هي إن كررت قولها طلقت نفسي أو اخترت نفسي وقد ملكها أو خيرها قبل البناء فإن نسقت اللفظ متتابعًا فإنه يلزمه ما كررت إلا لنية تأكيد، وإن لم تنسقه فلا يقع عليه إلا الأولى، وأما بعد البناء فلا يشترط نسقها، بل الشرط وقوع الثانية أو الثالثة قبل انقضاء العدة.

● ص:

وقبل نية الواحدة بعد لم أراد طلاقًا.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا خيرها قبل البناء أو ملكها فأوقعت أكثر من واحدة فقال الزوج: لم أرد بالتخيير أو التمليك طلاقًا أصلًا فقيل له: إذا لم ترده لزمك ما أوقعت من الطلاق فرجع بعد ذلك وقال: نويت بما جعلته لها واحدة فإنه يقبل منه ذلك بعد قوله: لم أرد طلاقًا؛ لاحتمال سهوه ثم تذكر أنه كان قصد طلقة واحدة، قال ابن القاسم: ويلزمه في ذلك يمين. وقال أصبغ: لا يقبل منه ذلك ويعد ندمًا فيقع عليه ما قضت به.

وبعبارة: يقبل منه نية الواحدة بعد قوله: لم أرد طلاقًا، فله المناكرة فيما زاد على الواحدة في التمليك والتخيير قبل الدخول لأنه قد يستثنى أنه نوى الطلاق ثم تذكر. هذا قول ابن القاسم وبه الفتوى، وقال أصبغ: لا يقبل قوله لأنه كذب نفسه. أفاده «حش».

● ص:

وحلف في اختياري في واحدة.

● ش:

أي: وحلف ما أراد إلا واحدة في قوله لها: اختاري في واحدة فأوقعت أكثر ولزمته الواحدة فقط وهي رجعية في المدخول بها فإن نكل لزمه ما أوقعته فلا يمين عليها وإنما حلف لأن قوله: في واحدة محتمل اختياري في طلقة واحدة وفي مرة واحدة.

وبعبارة: إذا قال لها: اختياري في واحدة فأوقعت ثلاثًا فقال: ما أردت إلا طلقة واحدة فإنه يلزمه اليمين ويقع عليه طلقة واحدة، وإنما استحلفه مالك خوف أن يكون أراد اختياري في واحدة، أي في مرة واحدة، فتكون البتة، فـ«في» إن أريد مرة واحدة فهي للظرفية، وإن أريد طلقة واحدة فهي للسببية، فإن نكل فالقضاء ما قضت به.

ثم شبه في الحلف قوله:

● ص:

كطلقة واحدة أو تقيمي.

● ش:

أي: وكذا يحلف ما أرد إلا واحدة في قوله لها: اختياري في أن تطلقي نفسي طلقة واحدة أو تقيمي، فقالت: اخترت ثلاثًا أو اخترت نفسي، فقال: أردت واحدة، وإنما حلف لزيادة أو تقيمي لأن ضد الإقامة البينونة، فهو يوهم أنه لم يرد بالطلقة الواحدة حقيقتها فإن لم يرد أو تقيمي، فالقول قوله بلا يمين، فالمقابلة بقوله: أو تقيمي؛ شرط اليمين فيما بعد الكاف، قال عبد الحق: لأن قوله: أو تقيمي يؤيد الدفعة الواحدة في العصمة.

والحاصل: أنه إذا لم يقابل قوله: اختاري في طلقة واحدة بقوله: أو تقيمي فلا يمين عليه.

● ص:

لا طلقة.

● ش:

هذا مخرج من لزوم اليمين، يعني: أنه إذا قال لها: اختاري في طلقة هكذا بإسقاط أو تقيمي فاختارت أكثر من طلقة أو قالت: اخترت نفسي فلا يلزمه إلا واحدة وله الرجعة ولا يمين عليه.

ونصب طلقة على نزع الخافض، وأما اختاري طلقة فظاهر أنه لا يمين عليه بل يبطل إن قضت بأكثر كما في «دك».

● ص:

ويطل تخيير المبني بها إن قضت بدون الثلاث.

● ش:

يعني: أن الزوجة المبني بها إذا خيرها الزوج تخييرًا مطلقًا، أي عاريًا عن التقييد بعدد وإن قيد بغيره بأن قال لها: اختاريني أو اختاري نفسك، أو إن فعلت كذا فاختاري نفسك، فقضت بدون الثلاث ولم يرض به الزوج فإن خيارها يبطل من أصل ويعتبر الزوج منها كما كان قبل القول لها لأنها لما عدلت عما جعله لها الشارع وهو الثلاث في التخيير المطلق بطل جميع ما بيدها.

وقولنا: ولم يرض الزوج؛ احترازًا مما إذا رضي بدون الثلاث فإنه لا يبطل، وقضاؤه أنها كفضولي أجاز الزوج فعله.

وقوله: المبني بها؛ احترازًا من غير المبني بها، فإنه يلزم ما قضت به ولا يبطل كالمملكة مطلقًا بنى بها أو لا، فإذا قال لها: ملكتك طلاقك أو أمر نفسك ولم يقيد لها بعدد فقضت بدون الثلاث فإنه يلزم ما قضت به ولا يبطل.

فتحصل أنه إن خيرها تخييرًا مطلقًا فقضت بدون الثلاث فإنه يبطل خيارها من أصله إن كانت مدخولًا بها ولم يرض الزوج ويلزم في غيرها والمملكة تمليكًا مطلقًا إن قضت بدون الثلاث لا يبطل تمليكها مدخولًا بها أو لا، بل له المناكرة فيما زاد على الواحدة كما مر، وأما التخيير أو التمليك المقيد فأشار له بقوله:

● ص:

ولها القضاء بأقل مما ملكها لا جزئها.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا قيد في تمليكه وتخييره بشيء من العدد واحدة أو أكثر فإن للزوجة القضاء بأقل مما ملكها لا بأقل مما خيرها، فإذا قال لها: ملكتك طلقتين أو ثلاثًا فلها القضاء بواحدة ولا يبطل تمليكها على الأصح، وإن زادت على ما عينه لها يلزم ما قيد به وله رد الزائد.

وأما إذا قال لها: اختاري طلقتين أو اختاري في طلقتين فليس لها القضاء بأقل،

فإن اختارت طلقة واحدة فإنه يبطل ما قضت به مع استمرار ما جعله لها بيدها كما في النقل وكما في «تت» من أنه يبطل ما بيدها فيه نظر، قاله «خ».

وإذا قال لها: اختاري من طلقتين فلا نقض إلا بواحدة، فإن أنقضت بأكثر لزمته الواحدة فقط.

وإذا قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا فقضت بأقل بطل ما بيدها وما قضت به ولا يلزمه شيء مدخولًا بها أو لا، ذكره بعض شراح الأصل، ولكن الراجح أنه يبطل ما قضت به فقط دون ما بيدها فلها الرجوع والقضاء بالثلاث.

● **ص:**

وليس لها اختيار نفسها إن فعل كذا.

● **ش:**

أي: ليس للمرأة أن تختار نفسها على تقدير إن فعل زوجها كذا، كالدخول على ضرتها، أي ليس لها أن تعلق اختيار نفسها على فعل شيء كدخول زوجها على ضرتها، وإنما جاز التعليق من الزوج لأن الطلاق بيده أصالة.

يعني: أن المرأة إذا خيرها الزوج أو ملكها تخييرًا أو تمليكًا مطلقًا فعلقت خيارها على شرط كإن فعل زوجي كذا فقد اخترت نفسي، فليس لها ذلك ولا تمهل إلى حصول المعلق عليه ولا يعمل بشرطها، بل توقف حالًا حتى تقضي ناجزًا بفراق أو بقاء، لما فيه من إبقاء على عصمة مشكوكة، وإنما لم يبطل ما بيدها بالمرة كالمخيرة بعد الدخول إذا قضت بدون الثلاث مع أن كلًا خالفت وأخذة بعض حقها وهو الواحدة في المخيرة وفي وقت دون وقت في هذه لأن التي قضت بدون الثلاث تضمن قضاؤها إبطال ما بقي لها من الثلاث كمن أبطل ما لا ينقبض فوجب بطلانه كله كعافٍ عن بعض الدم، فالخلل في ذات الطلاق فلذا بطل بالمرة، وأما الثانية فقد اختارت نفسها على وصف وهو الدخول على ضرتها مثلًا فإن لم يتم لها الشرط فهي على حقها فالخلل في التعليق وفي وصف عارض للطلاق، فلذا لم يبطل حقها بالمرة، ثم إنها إذا لم توقف حتى دخل على ضرتها مثلًا فإنها تطلق بالاختيار المتقدم ولو وطئها قبل ذلك ما لم تسقط الحكم المتقدم كما قال اللخمي.

● ص:

وتعين ما قيد به زمانًا أو مكانًا.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا قيد التخيير أو التمليك بزمان أو مكان أو وصف فإنه يتعين ما قيد به حتىٰ توقف عند الحاكم، أي تمتد تخييرها أو تمليكها إلىٰ غاية الزمان أو المكان أو الوصف ما لم يوقفها الحاكم، فمعنىٰ التعيين أنه لا يسقط ما بيدها ما دام الزمان أو المكان أو الوصف باقيًا حتىٰ توقف، وليس معناه أنه يبقىٰ بيدها، وإن وقعت فيعارض قوله السابق فتوقف ولو قال إلىٰ سنة.

والحاصل: أنه إذا عنىٰ الزوج أمرًا بأن قيد بزمان أو مكان أو وصف كخيرتك أو ملكتك في هذا اليوم أو هذا الشهر أو العام، أو في هذا المكان أو المجلس أو مادمت طاهرة، أو قائمة، تعين ما قيد به من زمان أو مكان أو وصف ولا يتعداه، فإذا انقضىٰ ما عينه سقط حقها، لكن إذا علم الحاكم أوقفها وأوقعها وأمرها بالقضاء ناجزًا ولا تمهل. هذا إذا قيد، وأما إن لم يقيد بشيء فأشار له بقوله:

● ص:

وإلا ففي الغائبة ومن قال لها: متىٰ شئت حتىٰ توقف وفي الحاضرة يمضي ما يستدوي في مثله.

● ش:

أي: وألا يقيد بزمان ولا مكان وإلىٰ غير ذلك فهذا مفهوم التقييد بالزمان أو المكان، والمعنىٰ: أنه إذا خير زوجته أو ملكها أو لم يقيد بشيء مما سبق فلا يخلو إما أن تكون غائبة عن المجلس أو حاضرة فيه فإن كانت غائبة عن المجلس أو حاضرة فيه، فإن كانت غائبة عن المجلس وبلغها الخبر فيبقىٰ ما جعله لها بيدها ولو طال حتىٰ توقف عند الحاكم إذا لم تسقطه بتمكين أو غيره مما سبق، وكذلك من قال: لا خيرتك أو ملكتك أو جعلت أمرك بيدك متىٰ شئتِ بكسر التاء فإن أمرها بيدها حتىٰ توقف أو تمكن من الاستمتاع طائعة اتفاقًا.

وإلىٰ هذا أشار بقوله: وإلا ففي الغائبة ومن قال لها: متىٰ شئت حتىٰ توقف، أي

وألا يقيد بزمان ولا مكان، ففي المخيرة أو المملكة الغائبة عن مجلس التخيير أو التمليك، وفي من قال لها: متى شئت يبقى بيدها ما جعل لها حتى توقف أو توطئ أو تمكن من الاستمتاع طائعة، وإن كانت حاضرة في المجلس فيبقى بيدها ما جعل لها من تخيير أو تمليك حتى يمضي زمن يتروى في مثله على الراجح مما في الأصل.

والحاصل: أنه إذا خير أو ملك بلا تقييد بزمان ولا مكان فإن كانت غائبة عن المجلس فكما مر، وإن كانت حاضرة في المجلس فقال مالك أولًا: يبقيان بيدها بالمجلس بقدر ما يرى أنها تختار في مثله، فإن تفرقا عنه أو خرجا عما كانا فيه إلى غيره وإن لم يتفرقا عنه سقط خيارها، ثم رجع مالك عن هذا القول إلى أنهما يبقيان بيدها، ولو تفرقا أو طال ما لم توقف عند الحاكم أو توطأ أو تمكن من ذلك، أو من الاستمتاع عالمة طائعة، وأخذ ابن القاسم بالقول المرجوع عنه وهو أنه يسقط خيارها بانقضاء ما يتروى في مثله، والراجح هو الذي أخذ به ابن القاسم، بل رجع إليه الإمام ثانيًا وبقي عليه حتى مات، فلذا اقتصر عليه «المص».

● **ص:**

وهل إن وإذا كمتى؟ تردد.

● **ش:**

يعني: إن اختلف في إن وإذا هل هما كمتى، فإذا قال لها: أمرك بيدك إن شئت، أو إذا شئت كان ذلك كقوله: متى شئت، فيتفق على أن أمرها بيدها ما لم توقف أو تمكن من الاستمتاع طائعة أو ليسا كمتى فيكون الإتيان بهما كالتمليك والتخيير المطلق فيأتي فيهما قولا مالك في ذلك تردد، الراجح منه الأول فلذا صدر به وطوى مقابله، فالتردد في إن وإذا معًا لأن إذا وإن دلت على الزمان بجوهرها فقد دلت أن عليه بوضعها وتضمنها لأنها وإن دخلت على ماض صرفته للاستقبال، إذ معنى قوله: إن دخلت الدار فأمرك بيدك، أي في الزمن المستقبل ولا يصح إرادت الماضي فهي دالة على الامتداد وضعًا، وكلام البساطي غفلة عن هذا، «خ»: وعبارة البساطي جريان الخلاف في أن فيه نظر لأنها لم تدل على الزمان. اهـ.

قال «الش»: وجعل أصبغ إذا فقط كمتى.

● ص:

وهما في تخيير المعلق وعدمه كالطلاق.

● ش:

ضمير التشبيه في قوله: وهما راجع للتخيير والتمليك، وضمير عدمه للتخيير، أي أن التخيير والتمليك في تخيير المعلق منهما على شيء مما سبق في الطلاق وعدم تنجيزه كالطلاق في التخيير وعدمه.

يعني: أنهما إذا علقهما على شيء فإن المعلق عليه يوجب التخيير في باب الطلاق، فإنه ينجز هنا وإن كان لا يوجب التخيير هناك فلا يوجبه هنا، فإذا قال لها: أنت مخيرة أو مملكة بعد شهر مثلًا أو يوم موتي، أو إن قمت أو إن حضت. فإنهما ينجزان الآن في الطلاق. وإن قال لها: أمرك بيدك إن دخلت الدار، توقف على دخولها كالطلاق، وإن قال لها: أمرك بيدك إن قدم زيد، انتظر إلى قدوم زيد.

وإذا علقهما على مستقبل ممتنع فلا شيء عليه كـ: إن شاء هذا الحجر، أو: إن لمست السماء فأمرك بيدك.

وإن علقهما على مشيئة الله تعالى أو مشيئة غيره فيجري على ما سبق في الطلاق، واستثنوا من تشبيههما بالطلاق المعم، فيلزم هنا نحو: كل امرأة أتزوجها فأمرها بيدها، وإنما لزم هنا دون الطلاق لعدم الجزم بالطلاق فيمكن أنها لا تختار الطلاق بل تختار البقاء مع الزوج.

● ص:

وان علقهما على أمر فأثبتته وتزوجت ثم تبين عدمه فكذات الوليين.

● ش:

ضمير التثبيت عائد على التخيير والتمليك، أي علق أحدهما، يعني: أنه إذا علق التخيير أو التمليك على حصول أمر كدخول دار أو غيبة، فأثبتت الزوجة عند الحاكم ذلك الأمر الذي علق أحدهما عليه واختارت الطلاق واعتدت وتزوجت فتبين عدم حصول ذلك الشيء الذي علق عليه كأن علقه على غيبته أكثر من شهر فقدم قبل الشهر وهي لم تشعر بقدومه، فالحكم في ذلك أنها تكون كذات الوليين،

فتفوت على الأول بتلذذ الثاني غير عالم بمسقط خيارها، فإن ثبت علم الثاني بالبينة ردت للأول، ولا يكفي إقرارها بعلمه لاتهامها على حب الرجوع للأول.

وصورة المسألة: أن يقول الزوج لزوجته: إن غبت عنك شهرًا فقد خيرتك أو ملكتك فغاب عنها، ثم قدم قبل انقضاء الشهر ولم تعلم بقدومه حتى تم الشهر، فأثبتت غيبته شهرًا وأنه خيرها أو ملكها إن غاب عنها شهرًا وحلفت اليمين الشرعية أنه ما قدم إليها هذه المدة سرًا ولا جهرًا فطلقت نفسها واعتدت وتزوجت ثم أثبت الزوج الأول أنه قدم قبل انقضاء المدة، فتكون كذات الوليين فإن تلذذ بها الثاني غير عالم بقدوم الأول فاتت عليه وإلا فلا.

● ص:

وإن حصل المعلق عليه ثم وطئها غير عالمة فعلى خيارها.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا علقهما على أمر كـ: إن حضر فلان الغائب فأمرك بيدك، فحصل المعلق عليه بأن حضر فلان ولم تعلم الزوجة بحضوره ثم وطئها غير عالمة بحصوله فهي باقية على خيارها ولا يسقط حتى تمكنه عالمة بقدومه.

● ص:

واعتبر خيار المميزة وهل إن أطاقت؟ خلاف.

● ش:

يعني: أنه إذا خير أو ملك أو وكل زوجته قبل بلوغها فإنه يعتبر اختيارها إن كانت مميزة، فإذا قالت: اخترت نفسي وقع الطلاق إن كان الزوج المخير بالغًا، فبلوغها ليس شرطًا بل الشرط التمييز، وهل محل اعتبار اختيار المميزة إن أطاقت الوطء، فإن لم تطقه فلا يعتبر اختيارها أو يكفي التميز ولو لم تطق الوطء؟ خلاف.

● ص:

وله التفويض لغير الزوجة.

● ش:

يعني: أن للزوج أن يفوض الطلاق تخييرًا أو تمليكًا أو توكيلًا لغير الزوجة بأن

يقول له: فوضت لك طلاق زوجي تخييرًا أو تمليكًا أو توكيلًا سواء كان ذلك الغير قريبًا لها أو له، أو أجنبيًا منهما، وسواء كان رجلًا أو امرأة، بالغًا أو صبيًا يعقل، مسلمًا أو ذميًا، ولو لم يكن من شرعه طلاق النساء، وسواء شركها مع ذلك الغير أو لا على مذهب المدونة، وهو المشهور، فقوله: لغير الزوجة مجتمعًا أو منفردًا، فاشتمل كلامه على المسألتين إلا أن العبرة بما قضى به الغير في حالة الانفراد، والعبرة بها في حلة الاجتماع، ولو قال الأب المفوض له معها: أنا أدري بمصالحها منها.

تنبيه:

إذا فوض طلاقها للغير على جهة التخيير أو التمليك فليس له عزله على الراجح كما إذا خيرها أو ملكها، وأما إذا فوض له على جهة التوكيل بأن وكله على طلاقها فله عزله، فإذا طلقها قبل العزل فليس للزوج كلام، وأما إذا وكله على أن يخيرها أو يملكها أو على أن يفوض لها أمرها تخييرًا أو تمليكًا فهل له عزله أو لا؟ قولان، والراجح عدم العزل كما تقدم لأنه إذا وكله في أن يخبرها أو يملكها رجع الأمر إلى التخيير أو التمليك، وليس للزوج العزل فيهما، ومقابل الراجح له عزله نظر إلى أنه وكيل فيهما، والوكيل يجوز عزله.

قال «دك»: وهذا هو التحقيق عندي لأنه إذا كان له عزل الوكيل إذا وكله على طلاقها كان له عزله بالأولى على أن يخيرها أو يملكها، نعم إذا خيرها الوكيل بالفعل أو ملكها فلا كلام للزوج كما إذا وكله على الطلاق فطلقها قبل عزله.

فعلم بذلك أن المسائل ثلاثة:

الأولى: أن يجعل له التخيير أو التمليك كما يجعلهما للزوجة.

الثانية: أن يوكله على أن يخيرها أو يملكها بدلًا عنه، والراجح في المسألتين عدم العزل، وقد عرفت تحقيق «دك» في الثانية، وعندي أن الخلاف في الأولى مما لا وجه له، والوجه أن يتفق على عدم العزل.

الثالثة: أن يوكله على أن يطلقها وهذه له فيها عزله ما لم يطلق بالفعل.

هذا تحقيق المقام الذي زلت فيه الأقدام، وعلى الله تعالى التوكيل، ونسأله حسن الختام.

● ص:

فينظر المصلحة.

● ش:

هـذا مفرع على قوله: وله التفويض لغير الـزوجة؛ يعني: أنه إذا فوض لغير الزوجة فعليـه أن ينظر في أمر الزوجة بـالمصلحة من اختيار أو رد، فإن لـم ينظر بالمصلحة نظر الحاكم.

تنبيه:

إذا فـوض لغير الزوجـة صار ذلـك الغير كالـزوجة في جـميع ما مـر من منـاكرة المخيرة قبل الدخول والمملكة مطلقًا وغير ذلك مما سبق.

● ص:

إلا غائبًا أكثر من كاليومين فينقل لها.

● ش:

هذا اسـتثناء من قـوله سابقًا: وله الـتفويض لغير الـزوجة. وأدخل بالـكاف اليوم الثالث، وضمير ينقل عائد على التفويض المتقدم ذكره، وهذا الاستثناء أحرز شرطًا مقـدرًا، يعني: أن للـزوج أن يفوض الـطلاق لغير الزوجـة إن كان ذلك الغير حـاضرًا وقت التفويـض أو غائبًا غيبـة قريبة كـاليومين والثلاثة ذهـابًا كما في سـماع عيسى فيرسل إليـه إما أن يحـضر أو يـرسل لنـا بمـا أراد، فإن غـاب غيبـة بعيـدة أكثر من كاليومين بأن كان على مسافة أربعة أيام فأكثر ذهابًا فنقل التفويض لها فتنظر في أمر نفسها ولا ينظر المفوض له إذ في انتظاره ضـرر عليها لبعد غيبة ولا موجب لإبطال التفويض ولا لنقله عنها.

ثم شبه في الانتقال لها، فقال:

● ص:

كـأن غـاب ولـم يشهـد ببقـائه ولا عـذر له في القـريبـة، وفي بقـائه فـي البعيـدة وانتقاله لها خلاف.

● ش:

يعـني: أنه إذا غاب المفوض له أمر الـزوجة غيبة قريبـة أو بعيدة بعد أن فوض له

الـزوج أمر زوجته في حال حضوره ولم يشهد عنـد الغيبة ببقائه على حقه فيما جعله له الزوج من أمر زوجته فـإنه يسقط حقه؛ لأن غيبته مع عدم الإشهاد على بقائه على حقه دليل بقرينـة الحال على أنه أسقط حقـه وينتقل الحق لها كما هـو مفاد التشبيه في «المص» وظاهره أنه ينتقل لهـا ولو قربت الغيبة لتفريطه بعدم الإشهاد، وارتضى في التـوضيح أنه ينـتقل لها مـع بُعْد الغيـبة وينـتظر مع قـربها، وفي «خ» و«دك» أنه يسقط حقه ولا ينتقل لها مطلقًا قربت الغيبة أو بعدت، وعزاه «خ» لابن رشد وغيره.

وإلى ما ذكـرنا أشار بقوله: كأن غاب ولم يشهد، وأما إذا أشهد عند الغيبة أنه باق على حقه فإن كانت الغيبة قريبـة أعذر إليه بأن يكتب إليه بإسقاط ما بيده أو إمضاء ما جعل له، فـإن أسقط ما بـيده فهل ينقل لـلزوجة علـى الراجح، وإن كانـت الغيبة بعيدة تزيـد على ثلاثة أيـام فهل يبقى الحق بيـده ويعذر إليه كما مـر في القريبة أو ينقل الحق للزوجة خلاف.

وإلى هذا أشار بقوله: وإلا أعـذر له في القريبة، وفي بقائه في البعيدة وانتقاله لها خلاف؛ أي وإلا بأن أشـهد ببقائه على حقه فيعذر له في الغـيبة القريـبة، وفي بقائه على حقه في الغيبة البعيدة وانتقاله للزوجة خلاف.

● ص:

وانتقل إن أوصى به وإلا فالظاهر للزوجة.

● ش:

يعني: أنه إذا مـات المفوض له وأوصى بالحق لأحـد فإنه ينتقل لمن أوصى له به وإن لم يوصي به لأحد فالظاهر أنه ينتقل للزوجة كما في «خ».

● ص:

وهل يسقط تمكينها، أو إن رضي؟ خلاف.

● ش:

يُسقِط بضم حـرف المضارع وكـسر القاف مـن أسقط وتمكينهـا فعل، والمفعول محذوف، أي ما فوضه لغيرها، وتمكـين مصدر مضاف لفاعله وهو الضمير، ومفعوله محذوف وهو الزوج، أي يـسقط تمكين الزوجـة زوجها من الاستمتـاع ما فوضه من

أمر الطلاق لغيرها.

يعني: أن الزوج إذا فوض الطلاق لغير الزوجة فمكنت الزوجة زوجها من الاستمتاع بها طائعة فهل يسقط تمكينها ما فوضه الزوج لغيرها رضي المفوض له أو لا، أو محل ذلك إن رضي المفوض له بالتمكين، فإن لم يرض فلا يسقط ما بيده، في ذلك خلاف مستوي في الترجيح، وأما إن كان التفويض للزوجة فتمكينها يسقط ما بيدها اتفاقًا كما مر.

• ص:

وإن فوض لرجلين فلأحدهما الاستقلال ما لم ينو عدمه.

• ش:

يعني: أن الزوج إذا فوض أمر زوجته لرجلين بأن قال لهما: طلقا زوجتي أو جعلت لكل منكما طلاقها، سواء قال لهما مجتمعين أو متفرقين، فإن لأحدهما الاستقلال بالطلاق دون الآخر عند ابن القاسم ما لم ينو الزوج عدم الاستقلال، وإلا فليس لأحدهما القضاء بطلاقها دون الآخر لأنهما حينئذٍ منزلان منزلة الوكيل الواحد فلا يقع طلاق إلا باجتماعهما عليه كالوكيلين في البيع والشراء، فإن أذن له أحدهما في وطئها زال ما بيدهما جميعًا، وإن مات أحدهما أو غاب فليس للآخر كلام لانعدام المجموع بانعدام بعض أجزائه.

وأما إن قال: أمر زوجتي بأيديكما، فلا يقطع الطلاق إلا باجتماعهما اتفاقًا.

وإن قال: أعلماها بطلاقها لزمه بمجرد ذلك وإن لم يعلماها اتفاقًا.

قال «دص»: لو قال: أعلماها بأني طلقتها، فالطلاق لازم وإن لم يعلماها. ويسمى رسالة في عرفهم.

ولو قال: طلقتها، احتمل الرسالة والتمليك والتوكيل، فعلى الرسالة لزم، وإن لم يبلغاها، وعلى التمليك لم يلزم ولا يقع إلا بهما، وعلى التوكيل يلزم بتبليغ أحدهما وله عزله، وهي أقوال ثلاثة المشهور الأول، أي أنه رسالة فيلزم بمجرد الإخبار.

* * *

[وصل في الرجعة]

ولما أنهى الكلام على الطلاق وما يتعلق به شرع في ذكر ما قد يكون بعد ثبوته وهو الرجعة فهي من توابع الطلاق فلذا أعقبه بها.

وهي لغة: المدة من الرجوع.

وشرعًا قال ابن عرفة: رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها، فخرج المراجعة؛ أي لأنها مفاعلة من الجانبين لتوقفها على رضى الزوجين، والرجعة من جانب واحد.

فخرج بقوله: رفع الزوج، وقوله: أو الحاكم، إدخال رجعة المطلق في الحيض إذا امتنع فارتجعها له الحاكم جبرًا. وقوله: حرمة بالمتعة؛ هذا هو المرفوع.

وقوله: لطلاقها؛ معلق بالرحمة واحترز به من رفع الزوجة الحرمة بغير طلاق كما إذا رفع حرمة الظهار بالكفارة وأوضح من هذا التفريق أن تقول: هي عدد الزوجة المطلقة غير بائن للعصمة من غير تجديد عقد، بل بقول وفعل أو نية على ما يأتي، فقال:

● ص:

وصل.

● ش:

في الرجعة ـ بفتح الراء وقد تكسر ـ ويتعلق البحث فيها بأربعة أمور: المرتجع وسبب الرجعة وأحكام المرتجعة قبل الارتجاع، وذكره «المص» على هذا الترتيب، فأشار للأول بقوله:

● ص:

يرتجع من صح طلاقه.

● ش:

أي: أنه يجوز أو يصح ارتجاع من يصح طلاقه ولو محرمًا أو مريضًا مرضًا مخوفًا

لأن طلاق المريض صحيح، أي منعقد لازم، وإن كان حرامًا كالصلاة في تبوت أو مكان مغصوب، فإنها صحيحة مع الحرمة، فتعبير «المص» بالطلاق حيث قال: من صح طلاقه. أحسن من اعتبار الأصل النكاح حيث عبر بقوله: يرتجع من ينكح؛ لأنه يوهم إخراج المحرم والعبد والمريض؛ لأن هؤلاء لا يجوز نكاحهم فلا تصح رجعتهم؛ فلذا نص على دخولهم بعد.

ولما عبر «المص» بقوله: من يصح طلاقه. شمل هؤلاء فتصح رجعتهم لأنه يصح طلاقهم، وإن كان طلاق المريض حرامًا وليس في رجعته المريض إدخال وارث لأن الرجعية ترث.

ولم ينظروا لكون الرجعية قد ينقطع إرثها بخروجها من العدة فيمنعوا ارتجاع المريض لأنه ليس كالابتداء نكاح أجنبية. أفاده «الش»، لكن قوله: لأنه ليس كابتداء نكاح أجنبية فيه مصادرة وهو تعليل الشيء بنفسه فكأنه قال: وإنما جوزوا ارتجاع الرجعية ولم ينظروا لانقطاع إرثها لأن ارتجاعها ليس كنكاح الأجنبية بل كنكاح الرجعية.

ويجاب بأن قوله: لأنه... إلخ، في قوة قوله لتغليب حالة الابتداء على الحالة اللاحقة لأنها حالة الرجعة وارثة لا يتحقق فيها إدخال وارث، وإن كان إرثها ينقطع بخروجها من العدة حيث طلقها قبل مرضه لولا الرجعة. أفاده «الش».

وخرج بقوله: من صح طلاقه؛ من لا يصح طلاقه كالمجنون والمغمى عليه والسكران ولو بحلال والصبي والكافر فلا تصح رجعة من ذكر لعدم صحة طلاقهم، وإذا طلق ولي الصبي عليه لعوض فهو بائن لا رجعي حتى يدخل هنا.

وقولنا: ولو بحلال هو ما في «خ» ولكن ظاهر «المص» أن السكران بحرام تصح رجعته لأنه يصح طلاقه.

قال «خ»: والظاهر أن حكم الرجعة حكم النكاح في جريان الأحكام الخمسة كما وُجد بخط بعض الفضلاء، ولهذا أشار «الش» بقوله: يرتجع على أحكام النكاح ما وجده البدر القرافي بخطه بعض أقاربه استظهارًا كما في «عج» وكما صحت الرجعة مع إحرام الزوج تصح مع إحرام الزوجة وحدها أو مع إحرام الزوج.

ولما شمل قوله: من صح طلاقه؛ الرقيق والسفيه والمدين بالغ على صحة الرجعة منهم ولو بلا إذن من له الحجر من سيد أو ولي أو غريم، فقال:

• **ص:**

وإن بلا إذن حاجر.

• **ش:**

يعني: أنه يصح ارتجاع من يصح طلاقه ولو محرمًا أو مريضًا أو محجورًا عليه لرق أو سفه أو دين، ولو بلا إذن حاجره، وهو السيد في العبد، والولي في السفيه، ورب الدين في المدين، وإنما صحت رجعة العبد بلا إذن السيد في الرجعة لأن الأذن له في النكاح أذن له في توابعه، وتصح الرجعة بعد وضع أحد القوسين وقبل وضع الآخر، وتصح الرجعة إذا خرج بعض الولد قبل خروج بعضه الآخر.

وحاصل ما ذكره أن كل من يصح طلاقه تصح رجعته ولو مريضًا ومحرمًا ومحجورًا بلا إذن حاجره، وما لا يصح طلاقه لا تصح رجعته كالمجنون والمغمى عليه والسكران والصبي والكافر.

ثم أشار للأمر الثاني وهو المرتجعة، فقال:

• **ص:**

غير البائن في عدة وطء حل.

• **ش:**

غير البائن صفة لمحذوف مفعول يرتجع، وفي عدة متعلق يرتجع، أي يرتجع من يصح طلاقه الزوجة المطلقة غير البائن في عدتها من وطء حل شرعًا إلا إذا طلقت بعد أول وطء مستندًا لعقد فاسد يتقرر كالدخول أو بعد وطئها صائمة أو حائضًا أو محرمة، أو في دبرها فلا تصح رجعتها لحرمة الوطء.

وإضافة عدة لوطء من إضافة السبب للمسبب؛ لأن العدة سببها الوطء، وذكر العدة كالإيضاح لقوله: غير البائن؛ لأنها لو لم تكن عليها عدة كالمطلقة قبل البناء أو كانت عليها العدة وخرجت منها لم تكن غير بائن بل تكون بائنًا لا رجعة فيها.

وقولنا: يرتجع الزوجة المطلقة احترازًا من الزواج ابتداء فلا يسمى رجعة، واحترز بغير البائن عن البائن بخلع أو بتات أو رد بعيب أو طلاق قبل البناء.

وقوله: عدة وطء، أشار به إلى أنه لا بد أن تكون العدة من وطء، وأن يكون حلالًا شرعًا، ولا يقال: العدة تستلزم الوطء لأنا نقول ليس كذلك.

فقوله: وطء؛ يخرج به الصغير إذا طلق عليه الولي فلا رجعة له على زوجته، ولو أجرينا الطلاق عليه مجانًا لمصلحة لأن وطئه كلا وطء. انظر «عج». وخرج به أيضًا المطلقة قبل الوطء فليست رجعية، وقد تقدم أنها تخرج بقوله: عدة.

وقوله: حل، فاعله ضمير يعود على الوطء، واحترز بذلك عن الوطء الحرام، إما لفساد النكاح كأول وطء في نكاح فاسد يتقرر بالدخول فإنه لا يصح رجعته إذا فسخ أو طلق بناء على النزع ليس بوطء كما في «عج» ومن تبعه عن ابن عرفة.

وإذا قلنا أنه وطء صحت الرجعة؛ لأن النكاح تقرر بالوطء الأول، والنزع حينئذٍ وطء حلال، وأولى لا تصح الرجعة في الفاسد الذي يفسخ بعد الدخول سواء فسخ أو طلق كخامسة، وجمع أخت ولو ماتت الأولى أو طلقت، وإما لعدم لزومه كوطء عبد تزوج بغير إذن سيده، فإن وطئه قبل الإذن لا يجوز لحرمة وطئه، وأما العروض لحرمته كالوطء في الحيض أو في الإحرام أو في الصوم، سواء وجب عليها الإمساك كرمضان والنذر المعين، أو لم يجب كقضاء رمضان، والنذر المضمون.

والحاصل: أنه متى حرم الوطء إما لفساد النكاح أو إما لعدم لزومه، وإما لعروض الحرمة كَفِي صوم ونحوه فلا تصح به الرجعة كما لا يقع به إحلال ولا إحصان على المشهور لأن المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا.

تنبيه:

إذا تزوج المحجور بغير إذن وليه ووطئ وطلق قبل اطلاع وليه فلا تصح رجعته لحرمة وطئه كما قدمنا في العبد، واستظهر الشيخ العدوي في حاشيته على الخرشي أنها تصح رجعته وتتوقف على إجازة الولي، وجميع القيود التي قدمتها هي ومفاهيمها مأخوذة من «المص» رحمه الله، فتأملها.

ثم أشار للأمر الثالث وهو سبب الرجعة فقال:

● **ص:**

بصريح كراجعت وارتجعت ورددتها.

● **ش:**

الجار والمجرور متعلق بيرتجع وحذف مفعول راجعت وارتجعت وهو لفظة: زوجتي، إشارة إلى أن المدار على نيته، ذكره أو حذفه.

يعني: أن الرجعة تكون بأحد أمور خمسة على ما يأتي:

الأول: أن تكون بصريح القول كـ: راجعت زوجتي إلى عصمتي، أو نكاحي، أو ارتجعتها، أو رددتها إلى عصمتي، أو نكاحي، وراجعت بألف من الصريح جزمًا، وأما بدون الألف ففي الخرشي أنها من المحتمل، وجعلها غيره صريحًا لما في «بن»، والظاهر اعتبار العرف، ولا بد مع اللفظ الصريح من النية حتى تكون رجعة ظاهرًا وباطنًا فلو لم ينو كانت رجعته في الظاهر فقط.

وقال ابن عرفة: الأظهر عند افتقار الصريح إلى نية، وعلى هذا فقوله الآتي: أو مع نية؛ راجع للمحتمل فقط، وعلى غير ما لابن عرفة يرجع للصريح وللمحتمل معًا.

تنبيهان:

الأول: قوله: راجعت يبحث فيه بأنه كيف يكون هذا صريحًا في الرجعة مع فرقتهم بين الرجعة والمراجعة، بأن المراجعة ما كان بعقد جديدًا، وأجيب بأن هذا الفرق مبني على اصطلاح فقهي، وما هنا منظور فيه للاستعمال في العرف لحديث: «مُره فليراجعها».

الثاني: تقدم أنها لا تصح الرجعة إلا بالوطء الحلال قبل الطلاق، وأن أول وطء من نكاح فاسد يتقرر بالدخول لا تصح به الرجعة بناء على أن النزع ليس بوطء، وأولى لا تصح الرجعة إذا راجع في دوام الإيلاج بعد طلاقه حال من غير حركة، أما لو وطئها مرة ثانية بعد الأولى التي يتقرر بها النكاح ثم طلق فله رجعتها لأن المرة الأولى تقرر بها الفساد والثانية وطء حلال تصح به الرجعة.

الثاني من أسباب الرجعة: القول المحتمل مع النية، وإليه أشار بقوله:

● **ص:**

أو محتمل مع نية كأمسكت وأعدت الحل ورفعت التحريم.

● **ش:**

قوله: أو تحمل؛ عطف على صريح، يعني: أن من أسباب الرجعة القول المحتمل للرجعة ولغيرها مع النية، أي قصد الرجعة.

مثال المحتمل أن يقول: أمسكتها إذ يحتمل أمسكتها تعذيبًا، أو أمسكتها في العصمة، وكذا أمسكت لأنه يحتمل أمسكتها إمساك الإضرار والعضل المنهي عنه في القرآن بعد الطلاق في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٢]، أو أمسكت عنها.

وأما رددتها فخطوة من الصريح لاشتهار لفظ الردة في الرجعة، وإن احتمل الرد للعصمة والرد لأهلها.

ومن المحتمل: أعدت الحل، ورفعت التحريم؛ إذ الأول يحتمل لي ولغيري، والثاني يحتمل عني وعن غيري.

ومفهوم قوله: مع نية؛ أنها لا تصح الرجعة بالقول المحتمل بلا نية، وأما نحو: اسقني الماء، ففي «عج» ومن وافقه تردد في صحة الرجعة به وعدمها، ومنشأ التردد هل الرجعة تلحق بالنكاح أو بالطلاق، فإن كان الثاني صحت، وإن كان الأول لم تصح.

وفي حاشية «خ» تبعًا لـ«عب»: أولوية الرجعة بكاسقني الماء مع النية من قول ابن رشد أن الرجعة لا تصح بمجرد النية، أي أن صحة الرجعة بكاسقني الماء أولى من صحتها بمجرد النية، القائل به ابن رشد.

ولكن يرد عليه أن النية هنا القصد، وأما كلام ابن رشد ففسروه بحديث النفس، وحينئذٍ فلا يتم ما ذكره «حش».

«خ»: قال «الش»: على أنه قدر لنا أن الأظهر عدم الصحة لأن الرجعة أشبه بالنكاح منه بالطلاق فكلامه في التقرير مخالف لكلامه في الحاشية.

وأشار للثالث مما تحصل به الرجعة فقال:

● ص:

أو بكلام نفسي في الفتوى على قول.

● ش:

يعني: أن الرجعة تكون أيضًا بالكلام النفسي لكن في الفتوى لا في القضاء وصحتها بالكلام النفسي إنما هي على قول ابن رشد تخريجًا للرجعة على الطلاق كما في البناني مع تفويته، أي البناني كغيره مقابل قول ابن رشد وهو عدم صحة الرجعة بالنية وقوى «حش» ما لابن رشد.

والحاصل: أن النية بمعنى مجرد قصد الرجعة ليس برجعة اتفاقًا، وأما النية بمعنى الكلام النفسي، أي حديث النفس بأنه راجعها بأن يقول في نفسه راجعتها فهذه رجعة عند ابن رشد في الباطن فقط، أي فيما بينه وبين الله تعالى لا في الظاهر، فيجوز بعد العدة وطؤها والاستمتاع بها ومعاشرتها معاشرة الأزواج ويلزمه نفقتها ويرثها إن ماتت.

وأما في الظاهر إذا رفع للحاكم يمنعه منها بعد العدة فادعى بعد العدة أنه كان راجعها بالنية فلا يحكم له بالرجعة لخفاء النية فلا يمكن إثباتها ولا يصدق في دعواه، وما قاله ابن رشد من صحة الرجعة بالنية في الباطن ليس نصًا قديمًا، وإنما هو قياس على اعتبار لزوم الطلاق بالنية على القول بلزومها به.

قال ابن عبد السلام ويعز وجود هذا القول منصوصًا عليه في المذهب إنما هو تخريج، أي قياس على لزوم الطلاق بالكلام النفسي، وقال بعضهم: الرجعة بالقلب لا تنفع إلا مع فعل مثل جسمه لشهوة أو نظر فرج، فإن لم يفعل ذلك لم تنفعه النية، وهذا القول صححه ابن بشر، وعليه فلو نوى ثم وطأ أو باشر بعد طول فليس برجعة وإن تقدمت بيسير فقولان.

وأما لو نوى فجامع أو باشر فقد فارقها فعل فرجعة اتفاقًا، قال «خ»: ونظر فائدة كون الرجعة فيما بينه وبين الله تعالى فيما إذا انقضت العدة وعاشرها معاشرة الأزواج ورفع للقاضي بسبب ذلك فأقام بينة على إقراره أنه راجعها قبل انقضاء العدة بالنية، أي بالكلام النفسي، فإن القاضي يمنعها منها، وإذا ماتت بعد انقضاء

العدة وأقام بينة برجعته فيها بالنية فإنه يحل له إرثها فيما بينه وبين الله تعالى، فإذا رفع للقاضي فإنه يمنعه منها.

وأشار للرابع مما يحصل به الرجعة فقال:

● ص:

أو بهزل في الظاهر لا الباطن.

● ش:

أي: وكذا تكون الرجعة بالهزل بأن يأتي بلفظ الرجعة الصريح بلا نية ارتجاع لأن الرجعة هزلها جد لكنها تكون رجعة في الظاهر لا في الباطن فتلزمه النفقة والكسوة وغيرها من لوازم الزوجية، ولا يحل له وطؤها فيما بينه وبين الله تعالى إلا إذا جدد نية في العدة وعقد بعدها، وإنما حل له الوطء في نكاح الهزل لأن النكاح أقوى لأن له صيغة من الطرفين وشروط وأركان من صداق واستئذان وغير ذلك، فقوي أمره فكان الهزل فيه كالعدم لم يؤثر ظاهرًا ولا باطنًا، ولما ضعف أمر الرجعة لكون صيغتها من جانب الزوج فقط أثر هزله فيما في الباطن.

وقولنا: بلا نية ارتجاع؛ معناه: أنه نوي العدم بأن نوي المزح فقط وليس معناه مجرد عدم النية فإن الصريح لا يحتاج له كما مر.

ولما أنهى الكلام على عمل اللسان والقلب شرع في فعل الجوارح وهو الأمر الخامس مما تكون به الرجعة، فقال:

● ص:

أو بفعل مع نية.

● ش:

أي: وكذا تحصل الرجعة بفعل مع نية ولا بد أن يكون هذا الفعل له ارتباط بالرجعة ككونها سبب إباحته كالتلذذ بجميع أنواعه، وأما الفعل الذي ليس له ارتباط بالرجعة كالضرب مثلًا فلا تحصل به الرجعة، نعم ما احتفى بقرائن أو جرى به عرف كدفع مفاتيح البيت لها تحصل به الرجعة والدخول عليها من الفعل، فإذا نوى به الرجعة كفى.

● ص:

لا دونها كوطء.

● ش:

أي: لا تحصل الرجعة بفعل دون نية ولو كان أقوى الأفعال كوطء فأولى مباشرة ويستبرئها من هذا الوطء ولا يرتجعها في زمن الاستبراء بالوطء بل بغيره، وإنما لم يكن الوطء رجعة حتى ينويها، وكأن وطء المبيحة يختار اختيارًا ورضى ولو لم ينوه لأنه إدخال بعد إدخال في ملكه خصوصًا على القول بأن بيع الخيار منعقد فقوي جانبه بخلافه في باب الرجعة فإنه إدخال بعد إخراج بالطلاق فاحتاج إلى التقوية بالنية ولأن التصرف في الذات المملوكة أقوى. أفاده «حش».

وبعبارة: وإنما لم يكن الوطء رجعة حتى ينويها به وكان الوطء من المشتري رضى في بيع الخيار ولو لم ينوه لأن المشتري جعل له البائع الخيار وأباح له الوطء به ففعل مباحًا وتم به ملكه والفرق بين النية فقط تكون رجعة بخلاف الفعل أن النية موضوعة للزوجة بخلاف الفعل، قاله «خ».

● ص:

ولا صداق ولا حد.

● ش:

يعني: أنه إذا وطئها وطئًا عاريًا عن نية الرجعة وقلنا لا تحصل به الرجعة فإنه لا صداق عليه لها بذلك الوطء الخالي عن النية لأنها زوجة ما دامت في العدة، وكذا لا حد عليه، ويلحق به الولد نظرًا لقول ابن وهب أن الوطء المجرد عن النية تصح به الرجعة، قال «الش»: ويستبرئها، أي من هذا الوطء الذي لم تحصل به الرجعة ويرتجعها بغيره ما دامت العدة الأولى باقية.

● ص:

وإن خرجت العدة لحقه طلاقها.

● ش:

هذا من تتمة هذه المسألة وهي التي لم ينو بوطئها الرجعة، يعني: أنه إذا طلق

زوجته طلاقًا رجعيًا ثم وطئها ولم ينو بوطئه الرجعة، ثم خرجت من العدة، ثم بعد خروجها من العدة طلقها فإنه يلحقها طلاقه، وكذا إذا حنث فيها بالثلاث مثلًا فإنه يلزمه مراعاة لقول ابن وهب بصحة رجعته بمجرد الوطء، كمن طلق في نكاح مختلف فيه فإنه يلحقه الطلاق.

وأما التلذذ بها بغير وطء بلا نية رجعة فلا يلحق به الطلاق بعد العدة إذا لم يقل أحد بأنه رجعة، وما مشي عليه «المص» من لحوق الطلاق بعد العدة، قال ابن عبد السلام: هو الصحيح، وقال أبو محمد: لا يلحقها إذا قد بانت منه، قال في التوضيح: والأول أظهر، ثم إن الخلاف إذا جاء مستفتيًا، وأما إن أمرته بالبينة فإنه يلحقه اتفاقًا.

وإذا قلنا بلحوق الطلاق بعد العدة كما قال «المص» فهل يكون الطلاق اللاحق بعد العدة رجعيًا وإن لم تثبت له عليها رجعة، وفائدة كونه رجعيًا لزوم طلاق بعده، وتأتنف له عدة، فيلغز بذلك من وجهين: رجعي تؤتنف له العدة ولا رجعة معه أو يكون بائنًا، وهو ما جزم به «بن».

• ص:

وشرطها ثبوت الدخول والتصادق على الوطء.

• ش:

يعني: أن شرط صحة الرجعة أمران:

الأول: ثبوت الدخول على الزوجة قبل الطلاق، أي ثبوت الخلوة بينهما ولو بامرأتين، فإذا طلق زوجته ولم تعلم الخلو بينهما بأن علم عدمها أو ظن أو شك أو توهم أو لم يعلم شيء وأراد رجعتها فلا يمكن منها ولا تصح ولو تصادقا على الوطء قبل الطلاق أو بعده إلا أن يظهر بها حمل ولم ينفه بلعان فله رجعتها ما دامت حاملًا.

الثاني: أن يتصادق الزوجان قبل الطلاق أو بعده على الوطء، وظاهر «المص» أنه لا يكفي في صحة الرجعة إقرار الزوج بالوطء في خلوة الاهتداء وهو أرجح راجحين كما في محشي الخرشي وغيره، والراجح الثاني وهو كفاية إقرار الزوج فقط

في خلوة البناء، أي الاهتداء. ذكره في الأصل فله الرجعة بإقراره فقط في خلوة البناء المعتمد أنه لا فرق بين خلوة الزيادة والبناء في أنه لا يكفي إقراره فقط ولا بد من إقرارهما معًا على الوطء، أو يظهر بها حمل ولم ينفه بلعان، لأن الحمل ينفي التهمة.

● ص:

فإن تصادقا ولا دخول أخذا بإقرارهما إلا الوطء فلا تطلق لأجله.

● ش:

يعني: أن الزوجين إذا تصادقا على الوطء قبل الطلاق أو بعده ولم يثبت الدخول بينهما ولو بامرأتين راجعها فإنها تبطل رجعتها فلا يحل له وطؤها ولكن يؤخذان بإقرارهما بالوطء، أي يؤخذ كل منهما بمقتضى إقراره من أحكام الزوجية فيلزم الزوج النفقة والكسوة والسكنى ما دامت في العدة، ويستكمل عليه الصداق، ولا يتزوج بأختها ما دامت في العدة ولا يتزوج أربعة غيرها في العدة وبعدها أيضًا إن ادعى الرجعة فيها، ويحرم عليه أصولها وفصولها ويلزم الزوجة العدة وأن لا تتزوج بغيره ما دامت العدة، لكن لا تطلق عليه بعد العدة إن قامت عليه بحقها في الوطء لأنه لم يقصد ضررها بترك الوطء لأنه ممنوع منه شرعًا وليست هي زوجة في الحكم.

وإلى هذا أشار بقوله: إلا في الوطء فلا تطلق لأجله، أي أن كلامها يؤخذ بمقتضى إقراره في كل شيء من أحكام الزوجية إلا في الوطء إذا قامت بحقها فيه فلا تطلق على الزوج لأجله لأنه لم يقصد ضررها، والتعليل بأنها يمكنها الرجوع عن الإقرار فتحل له أو لغيره بعقد جديد لا يظهر إذا علمت هي صدقه في الواقع ونفس الأمر.

● ص:

وجبرت إن أراد عقد بأقل الصداق.

● ش:

يعني: أن الزوجة إذا صدقت زوجها على الوطء ولم يعلم الدخول بينهما وقلنا

بعدم صحة الرجعة فأراد الزوج أن يعقد عليها فإنها تجبر له على تجديد عقد بأقل الصداق بل يحضر وليها ويدفع لها ذلك وتجبر على الرجعة على أخذه، ويعيدها له وليها بعقد جديد لأنها في عصمته، وإنما كان ممنوعًا منها لحق الله في إبداء نكاح بغير شروطه، وذلك يزول بوجود العقد الجديد، فإن أبى الولي فإن السلطان أو نائبه يعقد له عليها وإن أبت هي.

واستشكل قوله: وجبرت؛ بأن لها الرجوع عن الإقرار فكيف تجبر؟ وأجيب بأن المراد جبرت ما دامت على إقرارها فهو جبر بقيد، وانظر هل تجبره هي على تجديد عقد أو لا؟ الظاهر لها جبره إن تضررت جريًا على قاعدة إزالة الضرر.

● **ص:**

ومن رجع سقط ما عليه كالنفقة والكسوة إن رجعت ولو أقر.

● **ش:**

تقدم أنهما إذا تصادقا على الوطء ولم يعلم الدخول بينهما فإنهما يؤخذان بإقرارهما فيلزم الزوج النفقة والكسوة والسكنى وتكميل الصداق ويلزمها العدة وعدم حلها بغيره ولا يتزوج بأختها ولا بخامسة.

وذكر هنا أن كل من رجع منهما عن الإقرار بالوطء يسقط عنه ما وجب عليه بإقراره، فإذا رجع الزوج تسقط عنه النفقة والكسوة والسكنى... إلخ، وإذا رجعت الزوجة سقطت عنها العدة... إلخ كما يسقط عن الزوج النفقة والكسوة إن رجعت الزوجة فقط عن الإقرار ولو استمر الزوج على الإقرار يؤخذ لها برجوعها والواو في قوله ولو أقر للحال، ولو زائدة.

● **ص:**

وهل تبطل إن علقت أو لها حكم المعلق خلاف.

● **ش:**

يعني: أنه إذا علق الزوج الرجعة على شيء مستقبل ولو محققًا كقوله لها: إن جاء غد فقد راجعتها، فهل تبطل الرجعة حالًا ومآلًا ولا تصح رأسًا كالنكاح لأنها ضرب منه وهو لا يكون لأجل ولاحتياجها لنية مقارنة؟ أو لا تبطل بل يكون لها حكم

الطلاق المعلق فينظر بها وقوع المعلق عليه فلا يستمتع بها قبل الغد، فإذا جاء الغد صحت وحلت له من غير استباق رجعة لأنها حق له فله تعليقها وتنجيزها في ذلك، خلاف أظهره الأول فينفي ترجيحه وعلى الثاني لو انقضت عدتها قبل مجيء الغد لم تصح رجعتها لمجيئه.

ومحل الخلاف ما لم يطأ بعد حصول المعلق عليه معتقدًا لصحت رجعته، فإن وطئها في العدة بعد حصول المعلق عليه كالغد معتمدًا على تعليقه المتقدم صحت رجعته قطعًا لأنه فعل مع نية، كما في الحطاب، فصحت رجعته من حيث أنه فعل قارنه نية لا بالتعليق المتقدم.

• ص:

ولا تصح إن علقت قبل الطلاق.

• ش:

أي لا تصح الرجعة إن علقت قبل وقوع الطلاق على وقوعه، وصورتها: أنه علق على طلاق زوجته على شيء، كإن دخلت الدار فأنت طالق، فأراد أن يسافر وخاف أن تحنثه بدخولها في غيبته فقال بحضرة بينة: إن حنثت ودخلت الدار في غيبتي فقد ارتجعتها، فلا تصح رجعته المعلقة على تقدير وقوع الطلاق، ولا يفيده هذا الطلاق، فإذا دخلت الدار في غيبته وانقضت عدتها قبل قدومه فلا رجعة له عليها لأن الرجعة تحتاج إلى بينة بعد الطلاق، فالرجعة قبل الطلاق باطلة.

تنبيه:

إذا كانت أمة متزوجة فقالت: إن عتقت فقد اخترت نفسي أو زوجي فكان ذلك التعليق باطل فإذا عتقت فلها اختيار خلاف ما اختارته لأن ذلك لم يكن وجب لها ولأنه طلق لأجل مشكوك فيه، وهذا بخلاف الزوجة ذات الشرط وهي التي شرط لها الزوج عند العقد أن أمرها بيدها إن تزوج أو تسرى عليها أو أخرجها من بيت أبيها أو من بلدها، فإذا شرط لها ذلك فقالت: فعل زوجي ما ذكر فقد فارقته أو اخترته فإنه يلزمها الأخذ أو الإسقاط وليس الانتقال إلى غيره، والفرق بينهما أن خيار الأمة إنما يجب بعتقها فاختيارها ساقط كالنفقة في إسقاطها قبل الشراء، أما ذات الشرط فقد

جعل لها الزوج ما كان له إيقاعه معلقًا على أمر فنزلت منزلته فيلزمها ما لزمه، وقال ابن عرفة: يلزمها ما أوقعته من الطلاق لا ما أوقعته من اختيار زوجها. ذكره الأصل هنا ولم يذكره «المص» لأنه سبق في باب اختيار من كمل عتقها ولذا قال «الش»: وسبق اختيار الأمة وذات الشرط في بابه وغرضه الاعتذار عن عدم ذكر ذلك هنا.

● ص:

أو ادعاها بعد العدة وأخذ بإقراره كهي إن صدقته.

● ش:

قوله: أو ادعاها عطف على قوله: إن علقت، أي ولا تصح أيضًا إن ادعى الرجعة بعد العدة، فبعد ظرف للدعوى.

يعني: أنه إذا ادعى الزوج بعد العدة أنه كان راجعها فيها ولا بينة له ولا مصدق على الرجعة في العدة فإنها لا تصح رجعته ولا يقبل قوله ولا يمكن منها لعدم صحة الرجعة، ولكن يؤخذ بإقراره فيجب عليه ما يجب على الزوج لزوجته على الدوام.

وكذا هي تؤخذ بإقرارها إن صدقته على الرجعة في العدة ولا يمكن كل منهما من صاحبه لاتهامهما على ابتداء النكاح بغير شروطه، فإن رجعا عن الإقرار أو أحدهما سقطت مؤاخذة الراجع، أما إن قامت له بينة بذلك أو بأنه كان يبيت عندها في العدة فإنه يصدق وتصح رجعته وإن كذبت المرأة كما سيأتي.

ولما ذكر المواضع التي لا تصح فيها الرجعة ذكر ما تصح فيه بقوله:

● ص:

وصحت إن أقامت بينة على إقراره فيها أو فعله ما لا يفعله غير الزوج.

● ش:

موضوع هذه المسألة كما في «خ» وغيره أن الدخول قد علم بين الزوجين وفاعل صحة ضمير الرجعة وضمير فيها للعدة، وقوله: أو فعله عطف على إقراره والضمير فيهما عائد على الزوج.

يعني: أن الزوج إذا قام ببينة بعد العدة على إقراره بالرجعة في العدة بأن تشهد له البينة بعد العدة أنه أقر في العدة برجعتها فإنها تصح رجعتها، إما لأن الأصل في

الأخبار الصدق، والكذب احتمال عقلي، وأما إعطاء لذلك الإخبار حكم الإنشاء كما قالوا إن أتكلم يحتمل الأخبار عن كلام حاصل في الحال بنفس النطق بهذا الفعل، عني لفظ أتكلم، وكذا تصح رجعته إن أقام بينة بعد العدة تشهد على إقراره بالوطء أو بمقدماته في العدة وادعى أنه نوىٰ به الرجعة، وكذا تصح رجعته إن أقام بينة بعد العدة تشهد بفعله معها في العدة ما لا يفعله غير الزوج مع زوجته كالمبيت معها في العدة والتصرف بها التصرف التام بالدخول والخروج والإتيان بحاجة المنزل، وكالأكل معها وغلق باب عليهما دون أحد معهما، ولا بد من معاينة البينة لهذه الأمور في العدة ومن ادعاء الزوج أنه أراد بذلك الرجعة وكل من المبيت والتصرف التام، أي الخاص في العدة كالأكل معها أو غلق الباب عليهما كاف فإذا عاينت البينة المبيت في العدة كفى، وإذا عاينت التصرف الخاص في العدة كفى، وأولى إن عاينتهما معًا.

وأما التصرف العام كشراء نفقة وفاكهة من السوق وبعثها لها فلا يكفي.

وبعبارة: إذا أقام الزوج بعد العدة بينة تشهد أنه كان يتصرف في مصالحها وأنه كان يبيت عندها في العدة وادعى مع ذلك أنه راجعها في العدة فإنه يصدق ولو كذبته المرأة فالبينة تشهد على معاينة التصرف والمبيت معها لا على إقراره بهما فيها.

والحاصل: أنه إذا ادعى بعد العدة مراجعتها في العدة وأقام بينة على أنه أقر في العدة برجعتها أو بوطئها أو على أنه كان يتصرف لها التصرف الخاص إذ إنه كان يبيت عندها في العدة فإنه يصدق ويحكم له بصحة الرجعة.

● **ص:**

أو قالت: حضت ثالثة فأقام بينة على إقرارها قبل بما يكذبها.

● **ش:**

عطف على تصح فيه الرجعة، أي وصحت رجعته إن قال لها إنشاءً لا إخبارًا: ارتجعتك، فقالت له: قد انقضت عدتي برؤيتي الحيضة الثالثة، فلم تصادف راجعتك محلًا، فأقام بينة على إقرارها قبل ذلك بما يكذبها، أي على قول منها قبل

ذلك يكذبها في قولها حضت ثالثة، بأن أقام بينة تشهد أنها قالت قبل ذلك بنحو يوم أو يومين أو عشرة أيام أنها لم تر إلا حيضة فقط أو حيضتين ولم يمض زمن يمكن فيه رؤية الثالثة.

وبعبارة: إذا أراد ارتجاع زوجته فقالت: دخلت في الحيضة الثالثة فلا رجعة لك عليّ فأقام بينة على إقرارها بأمر يكذبها بأن تشهد بأنها قالت: لم أحض أصلًا، أو لم أحض ثالثة، وليس بين قوليها ما يمكن أن تحض فيه، فتصح رجعته، فإن لم يقم فيها لم تصح، ولو رجحت لتصديقه، وقوله: بما كذبها متعلق بإقرارها.

● ص:

أو أشهد برجعتها فصمتت ثم قالت: كانت انقضت.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا طلق زوجته طلاقًا رجعيًا ثم راجعها وأشهد برجعتها في العدة فصمتت عند الإشهاد بالرجعة يومًا أو بعضه ثم بعد ذلك قالت: كانت عدتي قد انقضت قبل المراجعة، فإن ذلك لا يقبل منها ويعد ندمًا وصحت رجعته لأن سكوتها مع الإشهاد دليل على كذبها.

ومفهوم صمتت: أنها لو بادرت بالإنكار صدقت ولم تصح رجعته إن أمكن كما يأتي بأن مضت مدة يمكن فيها انقضاء العدة.

● ص:

ولو ولدت ولداً ولم يمض فوق أبعد الحمل من طلاقه ولا أقله من وطء الثاني ردت برجعته ولم تحرم على الثاني.

● ش:

قوله: ولا أقله بالوضع عطف على فاعل يمضي وهو ضمير الزمن المأخوذ من السياق والظرف وهو فوق حال من ذلك الفاعل وليس أقله بالجر عطف على أبعد مدخول فوق فإنه لا يصح لأن الأقل كان بغير زيادة عليه، والضمير في طلاقه ورجعته للزوج الأول وهو المرتجع والضمير في أقله للحمل وأقله ستة أشهر إلا خمسة أيام.

يعني: أن الزوج إذا ادعى بعد انقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة فكذبته فلم يصدق لعدم البينة فتزوجت بغيره وولدت عنده ولدًا تامًا والحال أنه لم يمض زمن فوق أبعد الحمل من طلاق الأول ولم يمض أقل الحمل من وطء الزوج الثاني بأن ولدته لدون ستة أشهر من وطء الثاني، فإن الولد يلحق بالأول لظهور أن الحمل منه ويفسخ نكاح الثاني وترد للزوج الأول برجعته التي ادعاها ولم تصدقه عليها لأنه تبين أنها حين الطلاق كانت حاملًا منه وعدة الحامل وضع حملها كله، ولم تحرم هذه الزوجة على الزوج الثاني تأبيدًا فيحل له تزوجها إذا مات الأول أو طلقها لأننا لما ألحقنا الولد بالأول لزم أن يكون الثاني تزوج ذات زوج لا معتدة.

وفهم من قوله: وردت برجعته؛ أي الأول أن الفرض أنه راجعها فادعت خروج العدة وتزوجت أو ادعى أنه كان راجعها في العدة ولم يقم بينة فكذبته وتزوجت كما أسلفناه في صدر العبارة.

ومفهوم قوله: ولم يمض فوق أبعد الحمل من طلاقه؛ أنه لو مضى فوق أبعد الحمل من طلاق الأول لم يلحق الولد بالأول ولا ترد برجعته لظهور أن الولد ليس منه.

ومفهوم قوله: ولم يمض أقله من وطء الثاني؛ أنها لو ولدت ولدًا كاملًا ومضى أقل الحمل من وطء الثاني أنه يلحق به ولا ترد الزوجة منه للأول.

• ص:

وإن لم تعلم بها حتى تزوجت أو وطئها السيد فكذات الوليين إلا أن يسكت فلا حق له.

• ش:

الضمير في به للرجعة وفي تعلم للزوجة.

يعني: أن المطلقة رجعيًا إذا راجعها الزوج في العدة ولم تعلم برجعته لها حتى انقضت عدتها وتزوجت أو وطئها السيد إن كانت أمة فالحكم في ذلك أنها تكون كذات الوليين فإن تلذذ بها الزوج الثاني أو السيد غير عالم بأن الزوج راجعها فاتت على المراجع وإلا فلا.

ومحل كونها ذات الوليين في هذا التفصيل ما لم يسكت الأول مع علمه بتزويجها أو وطء السيد لها وإلا فلا حق له مطلقًا تلذذ بها الثاني عالمًا أو لا.

ثم شرع في الأمر الرابع وهو أحكام المرتجعة بقوله:

● **ص:**

والرجعية زوجة إلا في حرمة الأكل معها والدخول عليها.

● **ش:**

يعني: أن الرجعة وهي المطلقة التي يملك الزوج رجعتها زوجة لمطلقها في جميع الأحكام كالنفقة والكسوة والسكنى والتوارث ولحوق الطلاق والظهار والإيلاء واللعان ولا يتزوج من يحرم جمعها معها ولا أربعة غيرها ما دامت في العدة، وهكذا جميع الأحكام هي فيها زوجة في حرمة الأكل معها ولو كان معها من يحفظها، وفي حرمة دخوله عليها بمكان ليس به مميز، فليست زوجة في ذلك، فلا يجوز له الأكل معها ولا الدخول عليها ولا الخلوة بها، وكذا يحرم عليه مكالمتها، وإن جاز الكلام مع الأجنبية كجواز رؤية الوجه والكفين في كل وإنما حرم عليه الأكل والدخول والمكالمة مع الرجعية دون الأجنبية لئلا يتذكرا ما كان.

وعلم من حرمة الدخول عليها حرمة الاستمتاع بها الذي صرح به الأصل فلا تسقط نفقتها بالخروج بلا إذنه لأنها ليست في مقابلة الاستمتاع حتى تسقط بحرمته.

وعلم من حرمة الدخول عليها أنه لا حق لها في القسم مع زوجته.

وقوله: والرجعية زوجة؛ أحسن من قول الأصل وغيره: كالزوجة، لأنها زوجة حقيقية إلا في ما مر، فيلزم تشبيه الشيء بنفسه.

وقولنا: الظهار هو ما مثل به الشارع واختاره واقتصر عليه في التمثيل لئلا يقوم عدم لحوقه للرجعية لأن القصد منه تحريمها وهو حاصل فيتوهم أنه لغو.

وبعبارة: الرجعية حكمها حكم الزوجة في لزوم النفقة والكسوة والتوارث ولحوق الطلاق والظهار واللعان، وفي حرمة جمع الزوج من يحرم جمعها معها ما دامت في العدة، وفي غير ذلك من الأحكام إلا في حرمة الاستمتاع بها بنظرة أو

غيره من رؤية شعر واختلاء بها ولا يكلمها ولا يدخل عليها ولو كان معها من يحفظها ولا يأكل معها ولو كانت نيته رجعتها وشدد عليه في ذلك مع الأجنبية ولا بأس أن يرى وجهها وكفيها لغير لذة اتفاقًا إذ للأجنبي ذلك، وله السكنى معها في دار جامعة لها وللناس ولو أعذب كما في «خ».

قال «الش»: وقد حكى «بن» هنا خلافًا في سكنى الأعذب بين المتأهلين، والضرر يزال، فإن حصل منه ضرر في زوجاتهم وجب إخراجه من بينهم قطعًا.

● **ص:**

وصدقت بلا يمين في انقضاء العدة وإن وضعًا إلا أن تكذبها العادة، فإن أشكل سئل النساء.

● **ش:**

يعني: أن الزوجة ولو أمة إذا راجعها الزوج فقالت عقب ذلك: عدتي قد انقضت فإنها تصدق في دعواها انقضاء العدة بلا يمين، ولو خالفت عادتها، أو خافها الزوج لأن النساء مأمونات على فروجهن فتحل للأزواج ولا توارث وتصدق في ذلك سواء قالت: انقضت عدتي بالقرء وبالوضع سقطًا أو غيره فلا يلزمها الإشهاد على الوضع، كما بالغ عليه بقوله: وإن وضعًا، أي تصدق وإن كان انقضاؤها بالوضع.

ومحل تصديقها في انقضاء العدة إذا لم تكذبها العادة بأن مضى لها منه الطلاق مدة يمكن فيها الانقضاء عادة فإن كذبتها العادة بأن ادعت ذلك في زمن يمكن فيه الانقضاء محال عادة فلا تصدق في ذلك ولا حاجة لسؤال النساء، وإلى هذا أشار بقوله: إلا أن تكذبها العادة، فإن أشكل الأمر بأن لم يدر هل يمكن انقضاء العدة في مثل هذه المدة التي ادعت انقضائها فيها أو لا فإنه يسأل عن ذلك النساء، فإن شهدت لها بأن النساء يحضن لمثل هذا فإنها تصدق.

وبعبارة: وسئل النساء إذا ادعت انقضاء العدة في مدة يندر انقضاؤها فيها كالشهر لجواز أن يطلقها أول ليلة من الشهر وهي طاهر فيأتيها الحيض وينقطع قبل الفجر ثم يأتيها ليلة السادسة عشر وينقطع قبل الفجر أيضًا، ثم يأتيها آخر يوم من الشهر بعد الغروب لأن العبرة بالطهر في الأيام، ولكن إن نلغز بها فنقول: ما المرأة

مدخول بهـا غير حامل طلقت أول ليلة من رمضـان فحلت للزواج أول يوم من شوال ولم يفتها صوم ولا صلاة منه.

واعلم أنه لا يلتفـت لتكذيب الـمرأة نفسهـا إذا قالت: كنت كـاذبة في قـولي قد انقضت عدتي، فلا تحل لمطلقها إلا بعقد جديد ولا ترثه إن مات ولو صدقها النساء في تكذيبها نفسها بأن قلـن: نظرناها حين قالت قد انقضت العدة بنزول الحيض أو الوضع فلم نر بهـا أثر حيض ولا وضع فلا يلتفت لـذلك، وقد بانت مـنه بقولها: قد انقضت إلا أن تكذبها العادة كما يأتي.

● ص:

وأنها رأت الدم فانقطع على الراجح.

● ش:

قوله: وأنها عطف على انقضاء العدة، أي صدقت في انقضاء العدة وصدقت أيضًا على الراجح في أنها رأت أول الدم من الحيضة الثالثة فانقطع قبل المدة المعتبرة في العـدة وهي يوم أو بعضه فهي في عـدتها لم تخرج منهـا فتصح رجعتها وتـستمر لها النفقة والكسوة وهذا هـو الراجح خلافًا لما في الأصل التابع، لأن الحاجب في عدم تصديقها، قال ابن عرفة: المذهب كله على قبول قولها أنه رأت أول الدم وانقطع، أي خلافًا لابن الحاجب.

ثم اختلفوا بعد أن قالـو بتصديقها فيمـا لو راجعها بعد قولهـا: قد انقطع فعاودها الدم عن قرب قبل تمام طهر حتى لفقت عادتها، هل هذه الرجعة فاسدة لأنه قد تبين أنها حيضة ثالثة صحـيحة وقعت فيها الرجعة فتكـون باطلة وهو الصحيح أو ليست بفاسدة بل صحيحة.

وحـاصل معنـى كلام «المـص»: أن المـرأة إذا قـالت أولًا: قـد انقـضت عـدتي بدخولي فـي الحيضة الثالثة ثم قـالت: إني رأيت أول الدم وكنت أظن دوامه المعتبر في العدة فقلت: إن عدتي قد انقضت اعتمادًا على ذلك، فإنها تصدق في ذلك على الراجح ويحكـم عليها بعـدم الخروج من العـدة فيحل لزوجهـا مراجعتـها وترثه إن مات.

● **ص:**

لا إن كذبت نفسها ولو رأها النساء فوافقنها.

● **ش:**

هذا مخرج بلا النافية من تصديقها، أي لا إن كذبت نفسها في قولها: عدتي قد انقضت، فلا تصدق في تكذيب نفسها، أي لا يلفت لتكذيبها نفسها ولو رأها النساء فوافقنها على قولها الثاني، فالعبرة بقولها الأول.

والمعنى: أن المرأة إذا قالت أولًا: عدتي قد انقضت بوضع أو قرء، وقولنا: هي مصدقة في ذلك وبانت منه، ثم كذبت نفسها في قولها: قد انقضت عدتي، فإنها لا تصدق في تكذيب نفسها، ويعد ذلك منها ندمًا فلا تحل لمطلقها رجعتها إلا بعقد جديد لأنها بانت بمجرد قولها: قد انقضت عدتي، فهي داعية لنكاح بلا ولي وصداق وشهود.

وقوله: ولو رآها النساء؛ مبالغة في عدم الالتفات إليه في تكذيب نفسها، يعني: أنها إذا قالت: إني كذبت في قولي حضت الثالثة أو وضعت فإنها لا تصدق ولا يلفت إليها في التكذيب ولو رآها النساء فوافقنها على قولها الثاني وقلنا: ليس بها أثر حيض ولا وضع، فالعبرة بالأول وهو قولها: قد انقضت لا الثاني وهو قولها: لم تنقض، وإنما كذبت في دعوى الانقضاء ولو وافقها النساء على القول الثاني.

● **ص:**

وإن مات فقالت، لم أخرج منها، صدقت بيمين إن عرفت باحتباس الدم أو لم يمض من الطلاق لموته سنة. وصدقت المرضعة والمريضة بلا يمين، كأن مات بعد كأربعة أشهر.

● **ش:**

يعني: أنه إذا مات زوج المطلقة الرجعية فقالت: لم أخرج من العدة فأنا أرث زوجي فإنها تصدق في ذلك بيمينها إن عرفت باحتباس الدم في حياة مطلقها بأن كانت تظهر ذلك في حياته وتكرر منها حتى ظهر للناس، فمتى عرفت بذلك في حياته صدقت بعد موته وورثته لضعف التهمة حينئذٍ ولو بأكثر من عامين، فإن لم

تظهر ذلك في حياة مطلقها فإنها لا تصدق في ذلك ولا ترث منه شيئًا لدعواها أمرًا نادرًا، فالتهمة حينئذٍ قوية، إلا إذا لم يمض من يوم الطلاق لموته سنة فإنها تصدق في ذلك بيمينها سواء وافقت عادتها أو لا، فإذا مضى لها سنة لم تصدق في ذلك ولا ترثه ولو وافقت عادتها لما هو ظاهر النقل، وهذا كله إذا كانت غير مرضعة ولا مريضة.

وأما إن كانت مرضعة أو مريضة فإنها تصدق في ذلك بلا يمين وترثه لأن شأن المرضع والمريضة عدم الحيض فلا تهمة حينئذٍ، وإلى ذلك أشار بقوله: وصدقت المرضعة والمريضة بلا يمين.

وشبه في التصديق بلا يمين قوله: كأن مات بعد كأربعة أشهر، أي وكذا تصدق في عدم انقضاء العدة بلا يمين إذا مات زوجها بعد أربعة أشهر من يوم طلاقها، وقيل: تحلف إن اتهمت، وأما إذا مات في ستة أشهر ونحوها مما قبل السنة فإنها تحلف سواء وافقت عادتها أو خالفت، إذا لم تكن مرضعًا ولا مريضة ولا أظهرت ذلك قبل موته.

كما يفيد ذلك قوله: أو لم يمض من يوم الطلاق لموته سنة، أي بأن كان ستة أشهر فأكثر لا أقل من ستة أشهر، فتصدق بلا يمين بدليل قوله: كأن مات بعد كأربعة أشهر.

والحاصل: أنه إذا مات زوج الرجعية فدعت انقضاء عدتها فإنها تصدق في ذلك بيمين إن عرفت باحتباس الدم قبل موته مضى لها عام من يوم الطلاق أو أقل أو أكثر، وافقت عدتها أو لا، أو لم تعرف باحتباس الدم ولكن لم يمض لها من الطلاق لموته سنة بأن كان ستة أشهر فأكثر ولم يبلغ سنة، فإن مضى لها سنة فلا تصدق ولو بيمين، وإن كانت أربعة أشهر فأكثر إلى ستة أشهر صدقت بلا يمين، فالسنة لا تصدق فيها ولو بيمين، والأربعة أشهر إلى ستة أشهر تصدق فيها بلا يمين، والستة أشهر وما بعدها إلى ما دون السنة تصدق فيها بيمين، وهذا في غير المرضع والمريضة، وأما هما فيصدقان بلا يمين مطلقًا عرفا باحتباس الدم أو لا، مضى له عام من يوم الطلاق أو أقل أو أكثر.

● ص:

وإن ادعت طولها وهو حي أخذت بأقدارها كهو إن صدقها ولا رجعة.

● ش:

يعني: أن الكلام المتقدم فيما إذا ادعت عدم انقضاء العدة بعد موته، وأما إذا ادعت ذلك في حياته فهو ما ذكره هنا.

والمعنى: أن المطلقة إذا ادعت طول عدتها وزوجها حي فإنها تؤخذ بإقررها في أحكام العدة كما يؤخذ الزوج أيضًا بإقراره إن صدقها على عدم انقضائها فيجب لها عليه النفقة وغيرها مما هو للرجعية، وإن كذبها فلا شيء عليه ولا يمكن من رجعتها مطلقًا ولو صدقها للتهمة على ابتداء نكاح بغير أركانه، وإن ادعت ذلك البائن في حياة مطلقها فإنها تصدق في ذلك لأنها معترفة على نفسها فلا تحل للأزواج حتى تدعي انقضائها.

● ص:

وإنما تتم رجعة المولي بانحلال الإيلاء قبل العدة والمعسرات أيسر كذلك.

● ش:

والمعنى: أن المولي من زوجته إذا طلقها عليه الحاكم لعدم الغيبة فطلاقها رجعي، فإذا راجعها الزوج فلا تتم رجعته إلا بانحلال الإيلاء عنه قبل العدة، فإن لم تنحل عنه الإيلاء قبل العدة فلا تتم رجعته إذ لا فائدة فيها حينئذٍ إلا أن ترضى بالمقام معه بلا وطء فتتم عند ابن القاسم، وهو المذهب خلافًا لسحنون.

وانحلال الإيلاء إما بزوال ملك من حلف بعتقه أو بتعجل مقتضى الحنث أو بتكفير ما يكفر من الأيمان كاليمين بالله كما يأتي إن شاء الله تعالى.

وكذا لا تتم رجعة المعسر بالنفقة إذا طلق عليه الحاكم إلا إذا أيسر بالنفقة كذلك، أي قبل انقضاء العدة فإن لم يوسر بها قبل العدة لغت رجعته إلا أن ترضى بالمقام معه بلا نفقة، فالمعسر معطوف على المولي ـ بكسر اللام ـ فعلم بذلك أن طلاق الحاكم على المولي والمعسر بالنفقة رجعي، وهو كذلك لأن كل طلاق أوقعه الحاكم فهو بائن إلا المولي أو المعسر بالنفقة فهو رجعي، لكن لا تتم رجعة المولي

إلا إذا انحلت عنه الإيلاء قبل العدة ولا تتم رجعة المعسر إلا إذا أيسر بما يقوم بمثلها في العدة فإن خرجت العدة فلا رجعة لهما.

● ص:

وندب إشهاد غير المولي ومنعها حتى يشهد.

● ش:

يعني: أنه يندب للزوج الإشهاد على الرجعة لدفع إيهام الزنا، ولا يجب خلافًا لبعضهم، لكن يشهد عدلين غير ولي الزوجة من أب أو سيد أو وصي أو غيرهم، وشهادة وليها كالعدم لا تفيد ولا يحصل بها الندب لأنه يتهم على ذلك، فإذا ادعى الزوج بعد العدة أنه كان راجعها فيها فلا يصدق في ذلك ولا تصح رجعته ولو صدقته الزوجة أو شهد له وليها، وللزوج جبرها على تجديد عقد بدينار، فإن أبى وليها من أن يعيدها له عقد له الحاكم عليها لأن الولي معترف بأنها في عصمة الزوج.

وقوله: «ومنعها» عطف على نائب فاعل ندب، أي وكذا يندب للزوجة منع نفسها من زوجها المراجع لها حتى يشهد على الرجعة ولا تكون بذلك عاصية لزوجها بل تؤجر على المنع.

قال الأصل وغيره: وأصابت من منعت له، أي وأصابت الزوجة في منع نفسها من الزوج لأجل الإشهاد، أي إن ذلك دليل على كمال رشدها، وكذا يندب للزوج إعلام الزوجة بالرجعة ويكره عدم الإشهاد على الرجعة وعدم إعلامها بها.

ولما كان من توابع الطلاق المتعة بيّن أحكامها، فقال عاطفًا على نائب فاعل ندب:

● ص:

والمتعة على قدر حاله وإن عبداً.

● ش:

هذا في خير الندب كما يفيده العطف، أي وكذا يندب للزوج المتعة ولو كان الزوج عبد لأن الإذن له في النكاح إذن له في توابعه.

والمتعة هي ما يعطيه الزوج لزوجته المطلقة زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق، وقيل: الأولى أنها تقيد به ولا تعلل بالتسلي بها لأنها ربما هيجت بتذكير الإحسان من الزوج.

والمتعة تكون على قدر حال الزوج من فقرٍ وغنى بالمعروف؛ لقوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٦]، فيراعى حال الزوج ولو غنيًا وهي فقيرة أو عكسه، وإنما روعي حاله فقط لأن كسرها جاء من قبله فقط، فيراعى جبرها منه، وبه يظهر الفرق بينها وبين النفقة المراعى فيها وسعه وحالها، ومشهور المذهب الندب كما مشي عليه «المص» وقيل بوجوبها، والقرآن أظهر في الوجوب من الندب للتعبير فيه بحقًا وعلى حيث قال تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة:٢٣٦] وقال أيضًا: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة:١٨٠]، والأصل في الأمر الوجوب، ولكنه صرفه عنه صارف عند الإمام وهو التقييد بالمحسنين والمتقين؛ لأن الواجبات لا تتقيد بهما.

وبعبارة: إذا قيل إن حقًا وعلى من ألفاظ الوجوب أجيب عن الأول بأن المراد بالحق الثابت المقابل للباطل، والمندوب ثابت، وعلى الثاني بأن الأمر هنا للندب لتقييده بالمحسنين والمتقين.

ثم إن المتعة تكون للمطلقة طلاقًا بائنًا إثر طلاقها لحصول الوحشة بألم الفراق، وللمطلق طلاقًا رجعيًا بعد العدة لأنها ما دامت في العدة ترجو الرجعة فلا كسر عندها، ولأنه لو دفعها لها قبل الرجعة ثم ارتجعها لم يرجع بها لأنها كهبة مقبوضة، فإن ماتت قبل أن تمتع فإن المتعة تدفع لورثتها بائنًا أو رجعية إذا كان موتها بعد العدة، وإلا فلا لموتها قبل الاستحقاق، ولا متعة لها إن مات أو ردها لعصمته قبل دفعها لها رجعية كانت أو بائنًا كما أشار لذلك كله بقوله:

● ص:

وإنما تستحقها بالبينونة فتدفع لورثتها إن ماتت بعدها وسقطت بموته.

● ش:

أي: إن المطلقة لا تستحق المتعة إلا بالبينونة لأنها وقت اليأس وتنحتم الوحشة

والبينونة في الرجعي تكون بالخروج من عدته فلا تمتع حتى تبين بالخروج من العدة فتدفع لورثتها إن ماتت بعدها، أي البينونة وتسقط المتعة بموت الزوج أو بردها لعصمته قبل دفعها لها سواء كانت رجعية أو بائنًا.

ثم شرع في من لا متعة لهن فقال:

• ص:

ولا تمتع معتدة ومسمى لها طلقت قبل البناء ومختارة لعتقها أو لعيبة ومخيرة ومملكة بلا أمر من جهته كملك أحد الزوجين الآخر والفسخ لغير رضاع.

• ش:

هذا في معنى الاستثناء من عموم قوله: والمتعة هي وندب للزوج المتعة لكل مطلقة إلا هو لا الست فلا متعة لهن:

الأولى: المعتدية وهي المختلعة من زوجها فلا تمتع لأن الطلاق جاء من جهتها فلا كسر عندها، وهذا إذا كان الخلع بعوض منها أو من غيرها لا بمفدية فتمتع، فعبر بمعتدية برضاها، أما إن كان ذلك بلفظ الخلع بلا عوض وبعوض من غيرها بلا رضاها إشارة إلى أنها هي المختلعة وأنها مختارة.

والثانية: المسمى لها قبل البناء ولو وقع العقد ابتداء تفويضًا إذا طلقت قبل الدخول فلا متعة لها لأنها أخذت نصف الصداق مع بقاء سلعتها، فإن لم يفرض لها قبل البناء متعت، ومفهوم قوله: طلقت قبل البناء؛ أن المطلقة بعده لها المتعة كمن نكحت بصداق مسمى ابتداء.

الثالثة: الأمة التي عتقت تحت زوجها العبد فاختارت فراقه فلا متعة لها لأن الفراق جاء من قبلها، فقوله: ومختارة لعتقها؛ فيه حذف، أي مختارة لنفسها أو لفراق زوجها لأجل عتقها.

الرابعة: المختارة لفراق زوجها لأجل عيب به من جزام أو برص أو نحو ذلك فلا متعة لها سواء كان بها عيب أيضًا أو لا، وأحرى لا متعة لها إذا ردها الزوج لعيبها فقط، وأما بعيبهما معًا فلها المتعة.

الخامسة والسادسة: المخيرة والمملكة، إذا خيرها أو ملكها فطلقت نفسها بلا

أمر من جهته كـالتزوج والتسري عليها فلا متعـة لها لأن تمام الطلاق منها، وإن كان مبدؤه من الـزوج، وقيل: لكل منهـما المتعـة وصححه اللخمي، وقـوله: بلا أمر من جهته؛ احترازًا عمـا إذا طلقت نفسهـا بسبب أمر مـن جهة الزوج كتـزوجه أو تسريه عليها فإن لـها المتعة، وكـذا المختارة لتـزويج أمة عليها أو ثـانية أو علمهـا بواحدة فألغت أكـثر فلها المتعة لأن الـطلاق بسببه، كما قـاله ابن يونس، وليـست كالمعتقة تحت العبد تختار نفسها لأن هذا أمر لا مدخل للزوج فيه.

ثم شبـه في الفسخ مسـألتين ولـم يعطفهـما على الـسنة الـسابقة لأنهـما من باب الفسخ لا الطلاق فلا يحسن العطف:

الأولى: إذا ملك أحد الزوجين الآخر وانفسخ النكاح بينهما فإنه لا متعة للزوجة لأنه إن ملكها فهي ملك له وإن ملكته فلها انتزاع ما بيده.

وبعبارة: إذا ملك أحـد الزوجين جميع الآخر فإنه لا متعة لأن المالك إن كان هو الـزوجة، فالـزوج وما ملكه ملك لهـا فلها أن تـنزع ما فـي يده، وإن كان الـمالك هو الـزوج فإن الزوجـة لم يحصل عندهـا وحشة لأنه يطـأها بملك اليـمين، أما لو ملك أحدهما بعض الآخر فلها المتعة لحصول الألم لأن ملك البعض يمنع الوطء.

الثانيـة: فسخ النكاح قبل الـبناء أو بعده ولو بعـد الطول وولادة الأولاد فلا متعة فيـه للزوجة إذا كـان فسخه لغير رضـاع كاللعـان والفساد، أمـا إذا فسخ لرضـاع فلها المتعة كما ذكره ابن عرفة، ولا متعة في ردة كما قال «الش».

***

[باب في الإيلاء]

ولما كانت الإيلاء قد يتسبب عنها الطلاق الرجعي ناسب ذكرها عقب الرجعي، فقال:

● ص:

باب.

● ش:

في الإيلاء وأحكامها، وبابه أكرم، كما في «حش».

وهو لغة: الامتناع، ثم استعمل فيما كان من الامتناع منه بيمين.

وشرعًا عرفه ابن عرفة بقوله: حلف زوج على ترك وطء زوجته موجب خيارها في طلاقه.

وعرفه «المص» بما يأتي، وكان الإيلاء والظهار في الجاهلية طلاقًا بائنًا واختلف هل كانا كذلك أول الإسلام أو لا؟ وهو الصحيح.

● ص:

الإيلاء: حلف مكلف يواقع على ترك وطء زوجته فوق شهرين للعبد وضعفهما للحر.

● ش:

يعني: أن الإيلاء شرعًا المشار له بقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ...﴾ [البقرة:٢٢٦] الآية، وهو حلف الزوج المسلم المكلف الذي يتصور وقاعه باسم الله أو بصفة من صفاته الذاتية أو المعنوية، أو بالطلاق أو العتق، أو بالمشي لمكة أو بالتزام قربة كصوم أو صدقة ونذر، ونحو ذلك على ترك وطء زوجته الحرة أو الأمة غير المرضع أكثر من شهرين للعبد، وأكثر من ضعفهما وهو أربعة أشهر للحر، فضعفهما عطف على شهرين وضعف الشهرين أربعة فالأجل الذي يكون به موليًا أكثر من أربعة أشهر للحر، وأكثر من شهرين للعبد.

وشمل الزوج العبد والسفيه والسكران بحرام والأخرس إذا فهم منه بالإشارة ونحوها، والأعجمي بلسانه، والمريض الذي له قدرة على الوقاع.

وخرج بالزوج السيد، فإذا حلف على ترك وطء أمته فلا يكون موليًا إذ لا حق لها في الوطء، وخرج بالمسلم الكافر فلا ينعقد له إيلاء خلافًا للشافعي لعموم الآية، وجوابه أن قوله: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة:٢٢٦] يمنع العموم لعدم حصول الرحمة للكافر بالفيء، وخرج بالمكلف الصبي والمجنون، ومثله السكران بحلال فلا ينعقد لهما إيلاء.

وقوله: يواقِع، بكسر القاف اسم فاعل، أي يمكن وقاعه، أي جماعه، فيخرج بذلك المجنون، والخصي، أي مقطوع الذكر، والعنين، والشيخ الفاني، والشاب إذا قطع ذكره فلا ينعقد لهم إيلاء، ويبطل حكم الإيلاء بطروء الجب.

وقولنا: حلف باسم الله أو بالطلاق أو العتق؛ فيه مخالفة للإمام أحمد، فإنه خصه باليمين بالله، وينعقد عند أبي حنيفة بكل ما فيه التزام غير الطلاق.

وقولنا: أو نذر؛ أي ولو مبهمًا نحو: لله عليَّ نذر إن وطئتك، أو لا أطؤك.

وقولنا: الغير المرضع؛ خرج به المرضع فلا إيلاء فيها لما في ترك وطئها من إصلاح الولد، فإذا حلف على ترك وطئها وقصد إصلاح الولد، أو لا قصد له، فلا إيلاء عليه، وإلا فهو مول.

والمراد بالعبد ما يشمل القن ومن فيه شائبة حرية، ولا ينقل لأجل الحر إن عتق في الأجل.

ومفهوم على ترك وطء زوجته: أنها إذا كانت يمينه ليست على ترك الوطء لا يكون موليًا نحو: والله لا أطئها لأن بره في وطئها.

ومفهوم الوطء: أنه لو حلف على هجرانها مثلًا وهو مع ذلك يصيبها فلا يلزمه إيلاء بذلك.

وشمل كلامه الزوجة الصغيرة التي تطيق الوطء، ولا يضرب الأجل فيمن لا تطيقه حتى تطيق الوطء، وفي من لم يدخل بها من يوم الدعاء، ومضى مدة التجهيز كما يأتي.

وقوله: زوجته؛ أي الكائنة حين الحلف أو المستجدة بعد الحلف على عدم وطئها.

وقولنا: أكثر من أربعة أشهر؛ سواء صرح بالأكثر أو كان لفظه محتملًا وللأقل، وسواء قيد بشيء في يمينه نحو: لا أطؤك في هذه الدار أو حتى تسأليني الوطء. أو أطلق كوالله لا أطؤها.

وسواء كان ذلك تنجيزًا كوالله لا أطؤها خمسة أشهر، أو لا ألتقي معها، أو لا أغتسل من جنابة. أو تعليقًا كإن وطئتك فعلي صوم أو عتق عبد أو عبدي فلان.

مثال التصريح بالأكثر: والله لا أطؤك أكثر من أربعة أشهر أو هذه السنة.

ومثال المحتمل للأكثر: لا أطؤك حتى يقدم زيد من سفره، أو حتى أدخل الدار، أو حتى تسأليني الوطء ونحو ذلك.

● ص:

ولزم من المريض وفي الرجعية والصغيرة وتربص بالأجل للإطاقة وغير المدخول بها والأجل من دعاية له.

● ش:

أي: ولزم الإيلاء من الزوج المريض مرضًا لا يمنع الوطء، هذا إذا أطلق، أما إذا قيد بمدة مرضه فلا إيلاء عليه ولو طال المرض إلا أن يقصد الضرر فيطلق عليه لأجل الضرر، وكذا يلزم الظهار أيضًا في الزوجة الرجعية وإن كانت الرجعة حقًّا له لا يطالب بها إن أباها إلا أنه لما شدد بالحلف شدد عليه.

وبعبارة: من حلف على ترك وطء الرجعية فهو مول؛ لأنها كالتي في العصمة فيضرب له الأجل ويؤمر بعد انقضائه بالغيبة فيرتجع ليصيب أو يطلق عليه طلقة أخرى لاحتمال أنه يكون ارتجع وكتم، وهذا إذا لم تنقض العدة وإلا فلا شيء عليه، ثم إن لزوم الإيلاء في الرجعية رده اللخمي بأنه لا حق لها في الوطء والوقف عند الحاكم إنما يكون لمن لها فيه حق، والظاهر أن الرجعية حق له لا عليه فكيف يجبر عليها ليصيب أو يطلق عليه طلقة أخرى.

وجوابه ما أشرنا له سابقًا وهو أنه لما شدد على نفسه بالحلف شدد عليه.

وكذا يلزم الإيلاء في الزوجة الصغيرة التي لا تطيق الوطء ويتربص بضرب أجل

الإيلاء لإطاقتها فلا يضرب له الأجل إلا بعد الإطاقة، والمطيقة بها حكم البالغة الأجل فيها يوم الرفع أو الحلف على ما يأتي.

وكذا يلزم الإيلاء في غير المدخول بها ويضرب له الأجل من وقت دعائه للدخول، فضمير له للدخول، والصغيرة وغير المدخول بها معطوفان على الرجعية، أي ولزم الإيلاء في الرجعية وفي الصغيرة وفي غير المدخول بها.

• ص:

لا في المرضعة إلا أن يقوى ضررها، وإن نوى بيمينه حولين فمات الولد فهو مول إن بقيت مدته.

• ش:

عطف على الرجعية تخرج من حكمها، أي ولزم الإيلاء في الرجعية لا في المرضعة فلا يلزمها فيها الإيلاء لأنه قد يقصد نفع الولد وإصلاحه، فإن قصد ضرر الزوجة فمول، وعند عدم النية ليس بمول، فإذا قال: والله لا أطؤها حتى يفطم ولدها فلا يكون موليًا إن قصد صلاح الولد أو لا نية له، وإن نوى بيمينه ترك وطئها حولين وقصد بذلك إصلاح الولد فمات الولد قبل تمامها فهو مول إن بقيت مدة الإيلاء بعد موته، أي بقي من الحولين بعد موت الولد أكثر من أربعة أشهر للحر وأكثر من شهرين للعبد فإن لم يبق منهما مدته حل له وطئها لأنه ليس بمول.

تنبيه:

تقدم أن الأجل الذي يكون به موليًا أكثر من أربعة أشهر للحر وأكثر من شهرين للعبد فلا يكون موليًا في أقل من ذلك، والكثرة معتبرة ولو قلت كيوم وهو ظاهر المدونة مع نص أبي عمران، وصرح به في الموازية وهو ظاهر كلام ابن الحاجب، وقال عبد الوهاب: لا يكون موليًا إلا بزيادة مؤثرة، وروى عبد الملك أنه مول في الأربعة أو بالأربعة وهو مذهب أبي حنيفة.

فعلى الأول وهو المشهور لا تطلب منه الغيبة إلا بعد الأربعة أشهر ولا يقع عليه الطلاق بمجردها، وعلى الثاني وهو أنه يكون موليًا في الأربعة أشهر أو بالأربعة أشهر يطلب بالغيبة في الأربعة أشهر، ويقع عليه الطلاق بمجرد مرورها كما رواه

أشهب عن مالك، ومنشأ القولين الاختلاف في فهم قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة:٢٢٦].

فمن قال بالمشهور تمسك بما تعطيه الفاء من قوله تعالى: ﴿فَإِن فَآءُو﴾ فإنها تستلزم تأخر ما بعدها عما قبلها فيكون الغيبة مطلوبة بعد الأربعة، ولأن إن الشرطية يصير الماضي بعدها مستقبلًا، فلو كانت مطلوبة في الأربعة مضى الماضي بعدها على ما كان عليه قبل دخولها وهو باطل.

ومن قال بالثاني رأى أن الفاء ليست إلا لمجرد السبب ولا يلزم تأخير المسبب عن سببه في الزمان، بل الغالب عليه المقارنة، ورأى أيضًا أنه فيه حذف كان بعد حرف الشرط، والتقدير: فإن كانوا فاؤوا، كما قول مثله في قوله تعالى: ﴿كُنتُ قُلْتُهُۥ فَقَدْ عَلِمْتَهُۥ﴾ [المائدة:١١٦]، والقرينة المعينة لذلك ما دل عليه اللام من قوله: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ فالتربص إذًا مقصور عليها لا غير. اهـ.

• ص:

ولا ينتقل بالعتق بعد تقرره.

• ش:

يعني: أنه إذا حلف العبد على ترك الوطء أكثر من شهرين ثم عتق بعد تقرر أجل الإيلاء، وهو في الصريح يتقرر بالحلف، وفي غيره بالحكم، فإنه لا ينتقل العتق لأجل الحر بعد تقرر أجل الإيلاء عليه بالحكم بأجل العبد، فالضمير في تقرره لأجل الإيلاء الذي تقرر على العبد، فإن كانت بيمينه محتملة وعتق قبل الرفع فإنه ينتقل بعتقه لأجل الحر لأن الأجل لم يتقرر قبل العتق.

ثم شرح في أمثلة الإيلاء، وبدأ بغامضها، فقال:

• ص:

كلا يراجعها ولا يطأها حتى تسأله أو تأتيه وليس الرفع للحاكم سؤالاً.

• ش:

يعني: أنه إذا طلق زوجته طلاقًا رجعيًا ثم قال لها: والله لا أراجعك فإنه يكون موليًا إذا مضت به أربعة أشهر من يوم الحلف وهي معتدة، فإن بنى ولم يرتجع

طلقت عليه أخرى وبنت على عدتها الأولى ولو قل ما بقي منها كساعة وحلف للزواج بتمامها.

وكذا يكون موليًا إذا قال: والله لا أطؤك حتى تسأليني الوطء لأن شأن النساء الحياء، فلا يفيده تقييده بسؤالها أو بالإتيان له للمعرة وشدة المشقة عليهن في السؤال أو الإتيان للوطء وليس رفعها للحاكم سؤالًا منها للوطء يبر به ويحل يمينه، وليس عليها أنه تأتيه، وعليه أنه يأتيها لأنه عليه السلام كان يدور على نسائه.

وبعبارة: إذا قال: والله لا أطؤك حتى تسأليني الوطء، دل ذلك على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر لزومًا عرفيًا؛ لأن شأن النساء أنه لا يسألن الأزواج الوطء لمعرة ذلك ومشقته عليهن، وفيه تقييد الترك بسؤالها و إنما لم يبر في يمينه برفعها للحاكم لأنه ليس القصد به خصوص الوطء بل فصل القضاء ولو بطلاقها.

● ص:

أو لا يلتقي معها أو لا يغتسل منها أو لا يطؤها حتى تفعل كذا مما فيه مشقة، أو في هذه الدار إن قبح الخروج له.

● ش:

يعني: أنه إذا قال: والله لا ألتقي معها المدة المذكورة فهو مول إذا قصد بالالتقاء الوطء، أو أطلق فإنه قصد الالتقاء في مكان معين فليس بمول.

وكذا يكون موليًا إذا قال: والله لا أغتسل من جنابة منها، فهذا المثال كالذي قبله كناية عن عدم الوطء لأنه يلزم من عدم الالتقاء أو الغسل عدم الوطء عقلًا في الأول وشرعًا في الثاني.

وكذا يكون موليًا إذا قال: والله لا أطؤها حتى تفعل كذا كالسفر والخروج من البلد ونحو ذلك مما فيه كلفة ومشقة بالنسبة لحاله، ويضرب له الأجل من يوم الحلف؛ لأن يمينه صريحة في ترك الوطء، وكذا في المسألة الآتية، فإن لم يكن فيه مشقة فليس بمولٍ، إلا أنه لا يترك، ويقال له: طئ إن كنت صادقًا في أنك لست بمولٍ، فإن فعله الأمر الشاق عليه بأن سافر أو خرج من البلد انحلت يمينه.

وكذا يكون موليًا إذا قال: والله لا أطؤك في هذه الدار إن قبح الخروج له، أي

لأجل الوطء بأن كان في خروجه أو خروجها لأجل الوطء خارج الدار معرة، فإن لم يقبح وخرج أحدهما للوطء لعدم لحوق المعرة في ذلك فليس بمولٍ، ولو امتنع من الخروج لأنه بمنزلة من لم يحلف على ترك الوطء إلا أنه لا يترك ويقال له طئ بعد خروجك إن كنت صادقًا في أنك لست موليًا.

ثم عطف على الأمثلة السابقة قوله:

● ص:

أو إن وطئتك فأنت طالق ونوى ببقية وطئه الرجعة ولو غير مدخول إلا بالثلاث فهل ينجز الثلاث أو يضرب الأجل لعلها ترضى كالظهار خلاف.

● ش:

يعني: أنه إذا قال لزوجته: إن وطئتك فأنت طالق واحدة أو اثنين فهو مول، ويحنث بمجرد مغيب الحشفة، وقيل: ولو ببعضها بناء على الحنث بالبعض، وإذا حنث بمجرد مغيب الحشفة أو بعضها فالنزع حرام، والمخلص من الحرمة أن ينوي ببقية وطئه الرجعة، ويجوز له الإقدام على هذا الوطء الذي ينو ببقيته الرجعة ولو كانت الزوجة غير مدخول بها لأنها بمجرد مغيب الحشفة صارت مدخولًا بها فيقع الطلاق رجعيًا لا بائنًا فينوي ببقية وطئه الرجعة.

فلو كانت الأداة تقتضي التكرار نحو: كلما وطئتك فأنت طالق، فلا يمكن من وطئها ولها حينئذٍ القيام بالضرر ويحل تمكينه من وطئها إذا قالت: أنت طالق واحدة أو اثنين كما مر.

وأما إذا قال: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثًا، فلا يُمَكَّن منها لأنه يحنث بمغيب الحشفة ويصير النزع حرام والبقاء حرام ولا يتأتى المخلص بنية الرجعة ببقية الوطء، وهل يعجل عليه الثلاث إذ لا فائدة في ضرب الأجل أو يضرب له أجل الإيلاء لعلها أن ترضى بالمقام معه بلا وطء كالظهار فإنه إذا قال لها: إن وطئتك فأنت عليَّ كظهر أمي، فلا يُمَكَّن من الوطء حتى يكفر، ويضرب لهما الأجل لعلها أن ترضى بالمقام معه بلا وطء، وإنما لم يُمَكَّن منها لأنه بمغيب الحشفة يصير مظاهرًا، وما زاد عليها وطء في مُظَاهر منها، وهو حرام قبل الكفارة، وهو بيمينه مولٍ

بمجردها فإن تجرئ ووطئ انحلت يمينه ولزمه الظهار، فقوله: خلاف؛ راجع لما قبل الكاف.

وقوله: كالظهار؛ تشبيه بالقول الثاني في ضرب الأجل وعدم التمكين المعلوم من الانتشار.

وبعبارة: إذا قال لها: إن وطئتك فأنت عليَّ كظهر أمي لا يُمَكَّن من وطئها ويضرب له الأجل أنه بمجرد وطئها يلزمه الظهار ولا يصح التكفير حاله بالعتق إن كان من أهل العتق لأن الله عز وجل حلها من قبل أن يتماسا، وعلى هذا فالتشبيه في القول الثاني، وقيل في القولين فقد نقل «بن» عن الرجراجي جريان القولين في الظهار، ونقل «بن» أيضًا عن صغير بهرام على الأصل أن عدم التمكين في الظهار أحد أقوال أربعة، وقال عبد الملك: يغيب الحشفة وينزع، الثالث: يطأ ولا ينزل، الرابع: ولو أنزل. أفاده «حش»، وقول «المص»: فهل ينجز الثلاث أو يضرب الأجل لعلها ترضى الشق إلا فيه قول ابن القاسم واستحسنه سحنون، والثاني حكاه ابن رشد واللخمي، وعليه فلا يطلق عليه إلا بعد الأجل طلقة واحدة من غير طلب فيه لأنه لا يُمَكَّن منها، وهل يمكن من الرجعة أو لا يمكن منها لمنعه من الوطء، وإن كان الطلاق رجعيًا؟ تردد.

تنبيه،

تقدم أنه إذا قال لها: إن وطئتك فأنت طالق فهو مولٍ ويمكن منها فيقع عليه الطلاق بمجرد الملاقاة، ويصير النزع حرام فليتخلص بنية الرجعة في بقية وطئه ولو غير مدخول بها، وهذا ظاهر في المدخول بها لأنها تطلق بمغيب بعض الحشفة فينوي ببقية وطئه رجعتها.

وأما غير المدخول بها فلا يظهر فيها ذلك لأنها تطلق عليه بمغيب بعض الحشفة طلاقًا بائنًا بناء على الراجح من التحنيث بالبعض فلا تصح رجعتها، وإنما طلقت بائنًا لأن الطلاق قبل الدخول لا يكون إلا بائنًا، ودخول بعض الحشفة لا يصيرها مدخولًا بها لأن الدخول لا يكون إلا بمغيب جميع الحشفة لا بعضها، فكان القياس أنه لا يمكّن منها لأنه إذا مكن منها طلقت عليه بائنًا بمغيب البعض فيكون

باقي الوطء حرام، ولا تصح الرجعة لأنه طلاق قبل الدخول لأن الدخول بمغيب جميع الحشفة كما عرفت، وأجيب بأن التمكين من غير المدخول بها ونية الرجعة ببقية وطئها مشهور مبني على ضعيف وهو عدم الحنث بالبعض بل بجميع الحشفة فلا تطلق عليه إلا بعد مغيب جميع الحشفة، وإذا غاب جميعها صارت مدخولًا بها فينوي ببقية وطئه الرجعة وتصح رجعته، وعبارة «الش»: قيل: مشهور مبني على ضعيف من عدم الحنث بالبعض وإلا بانت لأن الدخول بمغيب جميع الحشفة، وفي «بن»: البعض لا يسمى وطئًا ولا يجري عليه أحكام الوطء من غسل وغيره.

وقوله: مشهور... إلخ، يعني: أن هذا الفرع في غير المدخول بها مشهور مبني على ضعيف.

وقوله: من عدم الحنث بالبعض؛ بيان للضعيف.

وقوله: وإلا بانت؛ مفهوم عدم الحنث بالبعض، أي وإلا لو حنثناه بالبعض لبانت منه بمغيب البعض، وإذا بانت لا تصح فيها الرجعة لأنها غير مدخول بها.

وقوله: لأن الدخول... إلخ، تعليل لقوله: مشهور مبني على ضعيف.

وإنما أطلنا الكلام هنا لدقة المقام ولبيان مراد «المص» و«الش» وتوضيح الأحكام وعلى الله التوكيل وحسن الختام.

ثم شرع في أمثلة ما لا يلزم به فقال:

● **ص:**

إلا لأهجرنها أو لا أكلمنها أو قيد بليل.

● **ش:**

أي: لا يلزمه إيلاء في قوله: والله لأهجرنها أو لا أكلمنها، وهو مع ذلك يمسها فلا يلزم من الهجر ولا من عدم الكلام عدم الوطء حتى يكون بذلك موليًا، إذ قد يطؤها ولا يكلمها ويطؤها مع الهجر في مضجعها والمكث معها، نعم هو من الضرار الذي لها التطليق به بلا أجل، قال اللخمي: ولكنه من الضرر الذي لها القيام به والتطليق عليه بلا أجل، وهذا إذا كان يمسها كما قلنا، فإن وقف عن مسها فمولٍ قطعًا.

ولا إيلاء عليه إذا قيد بليل لتمكنه من النهار، وكذا عكسه وهو ما إذا قيد بنهار

لتمكنه من الليل، فإذا قال: والله لا أطؤها ليلًا أو نهارًا فلا يلزمه الإيلاء لأنه لم يعم الأزمنة.

• ص:

وإن لم أطأك وامتنع ضرار.

• ش:

أي: إن من قال لزوجته: إن لم أطأك فأنت طالق وامتنع من وطئها فذلك ضرار لا إيلاء خلافًا لما في الأصل من جعله إيلاء فإنه ضعيف، وإنما لم يكن ذلك إيلاء لأن بره في وطئها، فإن امتنع وعزم على الضد طلقت عليه، وإليه رجع ابن القاسم وصوب وكان أولًا يقول بأنه مولٍ حيث وقف عنها، وهو الذي مشى عليه الأصل وضعفوه بأن يمينه ليس مانعة له من الوطء، وإنما امتنع من نفسه ضرارًا.

ومن الضرار توليتها ظهره فتطلق عليه بلا تأجيل للضرر، وإذا قال لها: إن لم أدخل الدار فأنت طالق وامتنع من وطئها ليبر فيكون موليًا كما في «دص».

وضرار خبر عن قوله: إن لم أطؤك؛ لأن المقصود لفظه، أي هذا اللفظ مع الامتناع ضرار للزوجة لا إيلاء.

• ص:

ولزم الكفار إن ترافعوا إلينا.

• ش:

فاعل لزم ضمير يعود على الإيلاء، أي ولزم الإيلاء الكفار إن ترافعوا إلينا فنحكم بينهم بحكم الإسلام، فإن لم يترافعوا إلينا فلا يلزمهم إيلاء، والعبرة بحال اليمين، فإن كان حال اليمين كافرًا فلا يلزمه الإيلاء إذا أسلم بعد حيث لم يحصل ترافع.

• ص:

وإن ترك الوطء ضراراً والبيات أو سرمد العبادة أو عزل طلق عليه ولو غائباً، واجتهد في التلوم على الأصح.

• ش:

قوله: طلق عليه، جوابه الشرط وهو قوله: وإن ترك، فهذه الفروع الأربعة يطلق

عليه فيها ولا يضرب له أجل لأنه ليس بمول.

يعني: أن من ترك وطء زوجته ضرار فإنه يتلوم له بالاجتهاد ثم يطلق عليه بلا ضرب أجل على الأصح.

قوله: واجتهد في التلوم على الأصح راجع للفروج الأربع، أي يجتهد في قدر التلوم، ثم يطلق عليه بلا ضرب أجل سواء كان حاضرًا أو غائبًا، لكن الغائب لا بد من طول غيبته سنة أو أكثر ولا بد من الكتابة إليه إما أن يحضر أو ترحل امرأته إليه أو يطلق، فإن امتنع تلوم له بالاجتهاد وطلق عليه ولا يجوز التطليق عليه بغير كتابة إليه إن علم محله وأمكن ولا بد من خوفها على نفسها الزنا ويعلم ذلك من جهتها وهي مصدقة في ذلك فلا تطلق بمجرد شهوتها للجماع، وهذا كله إذا دامت نفقتها وإلا طلق عليه لعدم النفقة.

وبعبارة: من ترك الوطء ضرارًا اجتهد الحاكم في أمره وطلق عليه حاضرًا أو غائبًا ويكتب له إما أن يحضر وإما أن يطلق، فإن لم يحضر ولم يطلق طلق عليه الحاكم إلا أن ترضى بذلك كما قال أصبغ، ومعنى الاجتهاد بلا أجل أن يطلق عليه فورًا إن علم الحاكم منه العناد والضرر أو يتلوم له بقدر ما يراه إن علم منه ترك ما هو عليه من عدم الجماع.

وبعبارة: يجتهد الحاكم في التلوم، أي التأجيل قبل التطليق على تارك الوطء ضرارًا ومن بعده بأجل قدر أجل الإيلاء أو أقل منه أو أكثر ما لم يعلم لرده وعناده وإلا طلق عليه فورًا.

وبعبارة: من ترك الوطء طلق عليه حاضرًا أو غائبًا بعد الاجتهاد في التلوم، فقد كتب عمر بن عبد العزيز لقوم غابوا بخراسان: إما أن يقدموا أو يرحلوا نسائهم إليهم أو يطلقوا. أصبغ: فإن لم يطلقوا طلق عليهم إلا أن ترضى بذلك.

وقوله: ضرار؛ ظاهره أنه لا بد من قصد الضرر حتى يطلق عليه وهو أحد قولين، وقيل: الترك في ذاته ضرر ولو لم يقصده هو حيث قامت بحقها، وعلى هذا فلا مفهوم لقوله: ضرار بل إذا ضررت هي من ترك الوطء طلق عليه بالاجتهاد ولو لم يقصد الضرر.

ومن تـرك الوطء ضرارًا قطع الذكـر ضرار لأنه يستلزم تـرك الوطء، والمراد بقطعه ضرار أن يتعمد قطعه كما في ابن عرفة.

ومن شـرب دواء لقطع لذة كان لها الفراق، وكـذلك إن شربه لعلاج علة وهو عالم بـأنه يذهب ذلك أو شـاك، وكذا إذا تـرك المبيـت مع زوجته بيمين أو لا فـإنه يطلق عليه الحـاكم بالاجتهـاد في التلوم حـيث قامت بحقهـا وشكت ضرر تـرك المبيت عندها.

وبعبارة: إذا حلف لا أبيـت عندها طلق عليه لـما فيه من الضرر والـوحشة عليها بخـلاف لا أبيت معهـا في فـراش مع بيـاته معهـا في بيـت، وكذا يـطلق عليه بـعد الاجتهـاد بلا ضرب أجل إن سرمد العبادة، أي داومها بقيام الليل وصيام النهر وترك زوجته بلا وطء، فإذا رفعته قيل له: إما أن تأتهـا أو تطلقها أو تطلق عليك بلا ضرب أجل إيلاء، وكـذا يطلق على الـزوج بالاجتهـاد إذا عزل عنهـا بأن كان يـمني خارج الفرج لأن العزل يمنع اللذة.

• **ص:**

وإن وطئتك فما أملكه من مصر حر مضار قبل الملك مول بعده.

• **ش:**

يعنـي: أن الرجل إذا خـص بلد بـأن قال لـزوجته: إن وطـئتك فكل أو جمـيع ما أملكه مـن مصر مثلًا حرًّا، وكل مال أملكه منها صدقة. فهو مضار قبل الملك للرقيق أو المال لا مولٍ فـيطلق عليه للضـرر، فإذا ملك منهـا عبيدًا أو مـالًا فهو مولٍ إلا أن يكون وطئها ثم ملك منها فلا إيلاء عليه ويعتق عليه كل ما ملكه منها بعد الوطء.

وبعبارة: إذا قال: إن وطئتك فكل مملوك أملكه من البلد الفلانية حر، أو كل مال أملكه منها صدقـة، فإنه لا يكون موليًا بذلك، فإن ملك من تلـك البلد عبدًا أو مالًا فإنه يكـون موليًا إلا أن يكـون وطئها قبل ذلك فـيعتق ولا يستقر ملـكه على مملوك منها بعد ذلك، وأما إذا عمم في يمـينه كأن قال لها: إن وطئت فجميع ما أملكه حر، أو كل درهم أملكه صدقة فهو لغو كما سبق في تعميم اليمين، أي لا يلزمه إيلاء لأنه عـمم في يمينه فهي يمـين حرج ومشقة لا يلـزمه بها حكم، فلم يـذكر «المص» قول

الأصل ولا يلـزمه إيلاء إن لـم يلزمه بيمـينه حكم ككل مملوك أمـلكه حر للاستغناء عنه بما سبق في تعميم اليمين.

● **ص:**

ولا أطؤك في هذه السنـة إلا مرة مضار، وإن فعلها وبقي أجل الإيلاء فهو.

● **ش:**

يعني: أنه إذا قال لزوجـته: والله لا أطؤك في هذه السنة إلا مرة واحدة فهو مضار، وإن امتنع من الوطء ابتـداء ليس بمول لأنه ليـس ممنوعًا من الـوطء ليمين فيطالب بالوطء، فإن امتـنع فمضار يطلق عليه إن لـم يطلـق، وإن وطء المرة التي استثنى في يمينه نظـر فما بقي من الـمدة فإن كان أكـثر من أربعة أشهر للحـر وأكثر من شهرين لـلعبد فهـو مولٍ وإن بقي أقـل فلا، وهذا معنـى قوله: وإن فعلهـا وبقي أجل الإيلاء فهو.

فقوله: فـإن فعلها؛ أي المرة التي اسـتثناها في يمـينه، وقوله: فهو؛ أي الزوج، أي فهو مولٍ.

وعلـم من حكم المـرة حكم الـمرتين، فـإنه إذا وطئهـا بعد كل أربعـة أشهر فلا إيلاء، قاله «الش»، وغـرضه بذلك الاعـتذار عن ترك «المص» حـكم المرتين مع أنه ذكـره الأصل، ومعنى ذلك أنه إذا قـال لها: والله لا أطؤك فـي هذه السنـة إلا مرتين، فإنه لا يكون موليًا لأنه يترك وطئها أربعة أشهر ثم يطأ ثم يترك الوطء أربعة أشهر ثم يطأ، فلم يبق من السنة إلا أربعة أشهر وهي دون أجل الإيلاء.

تنبيه:

إذا حلف على تـرك الوطء أربعـة أشهر فقـط لا يكون مـوليًا لأنـها أقل من أجل الإيلاء كما قال أول الباب فـوق شهرين للعبد وفوق ضعفهـما للحر، فلم يذكر ذلك هنا كما ذكره الأصـل استغناء عنه بما سبق، وكـذا إذا قال لزوجته: إن وطئتك فعليَّ صوم هذه الأربعة أشهر وهو حر، أو الشهـرين وهو عبد فلا إيلاء عليه لقصورها عن الأجل ولا يلزمه صوم إذا لـم يطأ، نعم إذا وطئ أثناء المدة صام بقيتها ولو يومًا فقط.

وبعبارة: لا إيـلاء على من التـزم صوم زمـن معين بينه وبين مـنتهاه أربعـة أشهر

فأقل، نحو: إن وطئتك فعليَّ صوم هذه الأربعة أشهر أو هذا الشهر أو الشهرين أو الثلاثة، فإن كان بينه وبين منتهاه أكثر من أربعة أشهر أو سمى شهرًا يأتي بعد أربعة أشهر كقوله وهو في رمضان: إن وطئتك فعليَّ صوم صَفَر فإنه يكون موليًا، وكأنه قال: لا أطؤك حتى ينسلخ صفر، فإن عين شهرًا بينه وبين آخره أربعة أشهر فأقل كقول هذا فعليَّ صوم المحرم أو ما قبله فلا إيلاء عليه، وأما لو حلف بصوم ولم يعين زمنه فإنه يكون موليًا ولو كان صوم يوم، نحو: إن وطئتك فعليَّ صوم يوم.

هذا حكم الإيلاء وعدمه، وأما الصوم فهل يلزمه أو لا؟ نقول: إذا وطئ أثناء المدة المعينة لزمه صوم بقيتها كان بينه وبين آخرها أربعة أشهر أو أقل أو أكثر، وإن وطئ قبل مجيء الشهر المعين صامه إذا جاء، فإن لم يطأ حتى مضت المدة المعينة أو الشهر المعين فلا شيء عليه.

ولما بين الأجل الذي يكون به الشخص موليًا شرع في بيان أجل الإيلاء الذي يضربه الحاكم للمولي وهو أربعة فقط للحر وشهران فقط للعبد، فقال:

● ص:

وضرب أربعة للحر ونصفها للعبد من الحلف إن كان على ترك الوطء، ولو احتملت دون المدة وإلا فمن الحكم.

● ش:

يعني: أن الأجل الذي يضرب للمرأة إذا قامت بحقها ولها القيام بعد مضيه هو أربعة أشهر فقط للزوج الحر ونصفها شهران فقط للزوج العبد، وابتداء الضرب من يوم الحلف إن كان الحلف على ترك الوطء صريحًا أو التزامًا ولو لم يحصل رفع للحاكم، هذا إذا كانت يمينه صريحة في المدة المذكورة، كوالله لا أطؤك أكثر من أربعة أشهر أو مدة خمسة أشهر، أو: لا أطأها أبدًا، أو حتى أموت أو تموتي، أو ألتقي معك، أو لا أغتسل من جنابة منك ستة أشهر، بل ولو لم يكن صريحًا في هذه المدة بأن احتملت يمينه دون هذه المدة المذكورة نحو: والله لا أطأها حتى يقدم زيد من سفره، ولا يعلم وقت قدومه، أو حتى يموت عمرو، أو حتى تمطر السماء، أو لا أطؤها، وأطْلَقَ، فإنها محتملة للأقل والأكثر في هذه الأمثلة، فالأجل

في ذلك كله من يوم الحلف.

فالمحتملة للمدة المذكورة كالصريحة فيها في أن الأجل من يوم الحلف، فإن لم يكن الحلف على ترك الوطء صراحة أو التزامًا بأن دخل عليه للإيلاء لصفة حنث مثلًا نحو: إن لم أدخل الدار فأنت طالق، فإن الأجل يضرب له من يوم الحكم عليه بأنه مولٍ.

ويلزم من الحكم الرفع لأن الحكم لا يكون إلا بعد الرفع، فقوله: من الحكم، أحسن من قول الأصل: من الرفع والحكم.

وفائدة كون الأجل في الحلف على ترك الوطء من يوم الحلف أنها إذا رفعته بعد مضي أربعة أشهر وهو حر أو شهرين وهو عبد لا يستأنف له الأجل وإنما يأمره الحاكم بالفيئة أو يطلق عليه، وإن رفعته قبل مضي ذلك حسب له ما بقي، ثم طلق عليه إن لم يعد بالوطء.

وفائدة كون الأجل في غير الحلف على ترك الوطء من يوم الحكم أنه إن مضى الأجل قبل الرفع ثم رفعته يضرب له الأجل من يوم الحكم.

وقوله: وضرب؛ يحتمل البناء للفاعل وفاعله ضمير الحاكم المفهوم من السياق أو البناء للمفعول، وأربعة نائب الفاعل، وضمير نصفها للأربعة، ومن الحلف جار ومجرور متعلق بضرب أو بمحذوف، أي وابتداء الضرب من يوم الحلف.

وقوله: إن كان... إلخ، شرط في كون ابتداء الضرب من يوم الحلف، واسم كان ضمير يعود على الحلف.

وقوله: ولو احتملت؛ مبالغة في أن الأجل من الحلف بشرطه المذكور، وما في الأصل من أن الأجل في المحتملة من يوم الحكم ضعيف، وضمير المؤنث في احتملت عائد على الحلف بمعنى اليمين، والمراد بالمدة مدة الإيلاء، وهي أكثر من أربعة أشهر للحر، ومن شهرين للعبد.

وقوله: وإلا مفهوم الشرط؛ أي وإلا يكن الحلف على ترك الوطء بل دخل عليه الإيلاء لصيغة حنث، فالأجل من الحكم نحو: إن لم أدخل الدار فأنت طالق، فهذه يمين حنث ليس فيها ذكر ترك الوطء، بل علق فيها الطلاق على عدم دخول الدار،

فإذا امتنع من وطء زوجته حتى يفعل المحلوف عليه وهو دخول الدار ورفعته للحاكم فأمر بالدخول ليبر فلم يعجل الدخول فإنه يضرب له الأجل من يوم الحلف سواء كانت يمينه صريحة في هذه المدة، كلا أطأها خمسة أشهر، ومحتملة لها وللأقل والأكثر نحو: لا أطؤها حتى يقدم زيد.

وإن لم يكن على ترك الوطء، بل كانت يمينه منعقدة على حنث وتستلزم ترك الوطء فالأجل من يوم الحكم، نحو: إن لم أفعل كذا فهي طالق، والحلف على ترك الوطء شامل للحلف على تركه صريحًا، كلا أطؤها ستة أشهر، أو التزامًا نحو: لا ألتقي معها، أو لا أغتسل من جنابة خمسة أشهر، أو حتى يقدم زيد.

فالصور أربع لأن اليمين إما صريحة في ترك الوطء، أو مستلزمة لترك الوطء، كلا ألتقي معها، وفي كل إما أن تكون صريحة في المدة المذكورة أو محتملة لدونها، والأجل في الأربع من يوم الحف، فإن لم يكن الحلف على ترك الوطء بل حلف على غيره فدخل عليه لزومًا فالأجل من يوم الحكم.

● **ص:**

وقيل بهما في مظاهر امتنع من الكفارة ثالثها من يوم امتناعه.

● **ش:**

ضمير التثنية المجرور بالباء عائد على الأجلين السابقين وهما من يوم الحلف أو من يوم الحكم.

يعني: أن من قال لزوجته: أنت عليَّ كظهر أمي، فإنه يحرم عليه أن يقربها حتى يكفر عن ظهاره، فإذا امتنع من الكفارة مع القدرة عليها رفعته للحاكم فهل يضرب له الأجل من يوم الحلف كالذي حلف على ترك الوطء؟ وعلى هذا اختصرت المدونة، أو من يوم الحكم كالذي لم تكن يمينه على ترك الوطء؟ فهذان قولان أشار لهما بقوله: وقيل بهما في مظاهر... إلخ.

وثالث الأقوال: يحكم بأن الأجل من يوم امتناعه من التكفير لأنه يوم تبين ضرره، ورجح بعضهم الأول، ومن المعلوم أنه لا امتناع إلا مع القدرة، وأما العاجز فمعذور إلا أن يضار بأن يعلم بعجزه عن التكفير ويعقد الظهار على نفسه فإنه

يدخل عليه الإيلاء لأنه قصد الضرر بالظهار فحذف «المص» قول الأصل إن قدر على التكفير لأن قيد القدرة يعلم من مادة الامتناع فلا يقال: امتنع من الشيء إلا إذا كان قادرًا على فعله.

والحاصل: أنه إذا كان المظاهر عاجزًا عن كفارة الظهار بأن طرئ عليه العسر والعجز عن الصيام بعد عقد الظهار فلا يكون موليًا لقيام عذره بالعجز فيطلق عليه إذا أرادت المرأة للضرر بلا ضرب أجل بل بالاجتهاد، أما إذا علم منه الضرر بالظهار منها فإنه يدخل عليه الإيلاء كما مر، وهل يطلق عليه الآن أو يؤخر إلى انقضاء أجل الإيلاء رجاء أن يحدث لها رأي في ترك القيام أو يحدث له مال؟ خلاف.

● ص:

ودخل في ظهار عبد رفعته كأن منعه السيد الصوم لضعفه.

● ش:

فاعل دخل ضمير يعود على الإيلاء، وقوله: كأن منعه تشبيه في دخول الإيلاء في ظهار العبد.

يعني: أن الإيلاء يدخل في ظهار العبد إذا امتنع من الغيبة بالتكفير بالصوم مع القدرة عليه، وأذن السيد له فيه إذا رفعته للحاكم كما قال ابن القاسم، وظاهره - أي ابن القاسم - أن الأجل من يوم الرفع كما في «ر» ودخول الإيلاء على العبد خلاف قول مالك في الموطأ.

وكذا يدخل الإيلاء في ظهار العبد إذا منعه سيده من التكفير بالصوم لضعف العبد عن عمل السيد، فقوله: لضعفه، هو معنى قول الأصل: أو يمنع الصوم بوجه جائز، فإن لم يضعف عن العمل فليس للسيد منعه من الصوم، فإذا منعه وجب على الحاكم منعه من المنع والغيبة في باب الإيلاء إلى الرجوع إلى ما كان ممنوعًا منه بسبب اليمين، وهو الوطء على ما يأتي بيانه.

وبعبارة: إذا ظاهر العبد من زوجته بأن قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي، وكفارته بالصوم فقط، فامتنع أن يصوم وهو قادر عليه أو منعه السيد من الصوم بوجه جائز

لإضراره بخدمة سيده أو خراجه، فإنه يضرب له أجل الإيلاء إن رفعته وتجري فيه الأقوال الثلاثة، وقيل: لا إيلاء على العبد القادر على الصوم إذا امتنع أو مُنع بوجه جائز.

ولما فرغ من الكلام على ما ينعقد به شرع في الكلام على ما ينحل به بعد انعقاده، فقال:

● ص:

وانحل بزوال من حلف نفقته وعاد بعوده بغير ميراث.

● ش:

يعني: أن من علق عبده عتق عبده على وطء زوجته كقوله: إن وطئتك فعبدي هذا حر وامتنع منها فإنه يدخل عليه الإيلاء من يوم حلفه لدلالة يمينه على ترك الوطء، فإذا زال ملكه على العبد بموت أو عتق أو بيع أو هبة فإن الإيلاء ينحل عنه، فإذا امتنع من وطئها بعد زوال الملك كان مضارًا فيطلق عليه إن شاءت بلا ضرب أجل، وسواء زال ملكه عنه اختيارًا أو إضرارًا كبيع سلطان عليه في فلس، فإذا عاد العبد لملكه ثانيًا بغير إرث كبيع أو هبة أو صدقة فإن الإيلاء يعود عليه بعوده لملكه بغير الإرث، إذا كانت يمينه مطلقة أو مقيدة بزمن، وقد بقي منه أكثر من أربعة أشهر، فإذا خص يمينه بزمن وقد فات فلا يعود عليه كما قال «الش» إلا أن يخص بيمينه بزمن فات، ومثل ذلك ما لو بقي منه أقل من الأجل الذي يكون به موليًا، أما إذا عاد إليه كلية بإرث فلا يعود عليه الإيلاء؛ لأن الإرث جرى يدخل في ملك الإنسان قهرًا عنه، وعود بعض العبد بإرث وبعضه بشراء ونحوه كعوده كله بغير إرث، وإذا عاد إليه بعضه بغير إرث وطولب بالغيبة فوطئ عتق عليه ما ملكه منه، وقُوِّم عليه باقيه إن كان له مال.

● ص:

وتعجيل ما يعجل.

● ش:

عطف على زوال، أي وكذا ينحل الإيلاء بتعجيل ما يمكن تعجله كيمين الله

ونحوه مما سبق في الأيمان كنذر لا يخرج له، فإذا قال: إن وطئتك فزوجتي فلانة طالق أو فعبدي فلان حر أو فعليَّ التصدق بهذا الدرهم أو هذا الثوب المعين، فإذا عجل طلاق زوجته المذكورة ثلاثًا وعتق العبد المعين أو تصدق بالدرهم أو الثوب المعين فإنها تنحل يمينه، وإذا قال لها: لا أطؤك خمسة أشهر فكفر عن يمينه قبل وطئه فإنها تنحل عنه الإيلاء، ويزول حكمها.

أما ما لا يقبل التعجيل كالحلف بعتق عبد غير معين أو صدقة بمال غير معين أو طلاق قاصر عن الغاية فلا تنحل الإيلاء فيه بالتعجيل لبقاء اليمين.

تنبيه:

يعود الإيلاء بعد انحلاله بعود الزوجة لعصمته في الطلاق القاصر عن الغاية في المحلوف بها، أي بطلاقها بأن علق طلاقها على وطء أخرى، وأما في المحلوف عليها فيعود الإيلاء فيها ولو طلقت ثلاثًا، ثم رجعت بعد زوج ما شاء الله ما دام طلاق المحلوف بها لم يبلغ الغاية، فإذا قال: إن وطئت عزة فهند طالق فقد حلف بطلاق هند فهي محلوف بها وعزة محلوف عليها لأنه علق طلاق هند على وطئها، فإذا منع من وطء عزة كرهة أن يلزمه طلاق هند كان موليًا من عزة، فإذا طلق هندًا دون الثلاث انحل عنه الإيلاء في عزة بمجرده في البائن، وبعد العدة في الرجعي، وجاز له وطء عزة، فإن عادت هند لعصمته عاد إليه الإيلاء في عزة، فإذا بلغ طلاق هند الغاية، أي بلغ الثلاث ثم تزوجها بعد زوج لم يعد عليه اليمين في عزة، وهذا التفصيل في هند المحلوف بها، وأما عزة المحلوف عليها فيعود فيها الإيلاء، ولو طلقت ثلاثًا ثم رجعت بعد زوج ما شاء الله ما دام طلاق هند المحلوف بها لم يبلغ الغاية كما تقدم صدر التنبيه.

وأما المحلوف لها، أي لأجلها وهي الحاملة على اليمين فلا يتصور تعلق الإيلاء بها أصلًا كأن يقول لزوجته: إن وطئت غيرك أو تزوجت عليك فالتي أطؤها أو أتزوجها طالق. ذكر ذلك الأصل وشراحه، ولم يذكره «المص» لتقدمه في الطلاق، ولذا قال «الش» اعتذارًا عن تركه مع ذكر الأصل له: وسبق حكم المحلوف بها ولها وعليها في الطلاق.

● ص:

ولها بعد الأجل المطالبة كسيد من تلد رقيقًا له.

● ش:

الضمير في لها يعود على زوجة المولي الحرة ولو صغيرة مطيقة أو سفيهة أو مجنونة.

يعني: أنه إذا لم ينحل الإيلاء بوجه مما سبق فلزوجة المولي لا لوليها المطالبة بالغيبة بعد مضي الأجل، وهذا إن لم يمتنع وطئها عقلًا أو عادة أو شرعًا لرتق أو صغر أو مرض أو حيض أو إحرام، وإلا فلا مطالبة لها، كذا قيد الأصل تبعًا لابن الحاجب وابن شاس، وأنكر ذلك ابن عرفة، وأن المطالبة المذكورة ثابتة مطلقًا وهو المعول عليه، فلذا ترك «المص» هذا القيد.

وقوله: كسيد من تلد رقيقًا له؛ تشبيه في المطالبة.

يعني: أن سيد الأمَة له مطالبة زوجها بالغيبة بعد الأجل ولو رضيت هي لأن له حقًا في الولد كما يشعر بذلك قوله: من تلد رقيقًا له؛ فلا مطالبة للسيد إلا إذا كانت الأمة تلد ولدًا يكون رقًا للسيد لا إن كانت لا تلد أصلًا كآيسة وبغلة، أو تلد من يعتق عليه كفرعه فلا مطالبة له.

● ص:

والفيئة تغييب الحشفة حل مع افتضاض البكر بلا حائل ولو مع جنونه.

● ش:

هذا تفسير للفيئة لكن في غير المظاهر والمريض والمحبوس والغائب ومن يمتنع وطئها، وأما المظاهر ففيه تكفيره، وأما المريض والمحبوس ففيهما بالوعد كما يأتي، والغائب يبعث له في مسافة شهرين كما يأتي أيضًا.

وأما الممتنع وطؤها فإن كان لصغر فلا مطالبة لها حتى تطيق الوطء، وإن كان لرتق أو مرض فالفيئة فيهما بالوعد بمغيب الحشفة إذا زال المانع.

وجملة: حل...؛ صفة لتغييب ولا يكون التغييب الحلال إلا في القبل، فلذا لم يقل تغييب الحشفة في القبل كما قال الأصل.

يعني: أن الفيئة في اصطلاح أهل الشرع هي تغييب الحشفة كلها أو قدرها تغييبًا حلالًا لا في دبر ولا في كحيض وإحرام فلا تنحل به الإيلاء، ولا يسمى فيئة.

فإن قلت: لا شك أن الوطء الحرام يحنث به وحيث انحل اليمين انحل الإيلاء لأنها سببه؟

يجاب: بأنا لا نسلم أن انحلال اليمين مستلزم لانحلال الإيلاء مطلقًا كما في الوطء بين الفخذين حيث لم ينو الفرج.

وبعبارة: لا نسلم أن انحلال اليمين مستلزم لعدم المطالبة بالفيئة، أي لا يلزم من حنثه وانحلال يمينه انحلال الإيلاء بحيث يسقط عنه الطلب بالفيئة لأنه إذا استند امتناعه من الوطء ليمين ثبتت مطالبته بالفيئة الشرعية وهي انحلال ولو انحلت يمينه.

ولما كان مغيب الحشفة في البكر دون افتضاض لا يكفي قال: مع افتضاض البكر، أي أن الفيئة هي تغييب الحشفة مع الافتضاض في البكر فلا ينحل الإيلاء فيها بدون افتضاض وإن حنث، والاقتضاض بالقاف، يقال: اقتض اللؤلؤة: ثقبها، ويصح بالفاء.

وقوله: بلا حائل، متعلق تغييب، أي يشترط في تغييب الحشفة أن يكون بلا حائل يعلق على الذكر وإلا فلا يكفي في الفيئة، والمراد الحال الكثيف الذي يمنع اللذة أو كمالها، وهل يشترط في الفيئة أشار الذكر أو لا؟ خلاف.

وقوله: مع جنونه، مبالغة في الفيئة وانحلال اليمين، أي أن الفيئة تحصل بمغيب الحشفة ولو مع جنون الزوج لنيلها بوطئه حاله ما تنال في صحته، ولكن يبقى عليه حكم الإيلاء فيضرب له الأجل إذا فاق وبه يلغز فيقال: مولي فاء ولم يسقط عنه حكم الإيلاء؟

والحاصل: أنه إذا وطئ حال جنونه يسقط عنه الطلب بالفيئة ولكن لا يحنث به واليمين باقية عليه فإذا أفاق يستأنف له الأجل، وأما وطئها مع جنونها فلا يعتد به ولا يكون فيه وإن حنث به وانحلت يمينه، قال ابن عرفة: ووطء المكره لغو لأنه لا ينحل به اليمين.

● ص:

لا يوطئ بين الفخذين وحنث إن لم ينو الفرج.

● ش:

يعني: أن المولي إذا وطئ زوجته بين الفخذين أو في الدبر فإن الإيلاء لا ينحل عنه فيطالب بالفيئة ويحنث فتلزمه الكفارة أو العتق أو الطلاق ونحو ذلك مما مر، ومحل حنثه بالوطء بين الفخذين إذا لم ينو عد حلفه أنه لا يطؤها في فرجها بل نوى الفخذين أو الدبر أو لا نية له، فإن نوى الفرج فلا يحنث بالوطء فيما دونه ولا تلزمه به كفارة ولا عتق ولا طلاق، وشبه ذلك، والإيلاء باق على حاله نوى الفرج أو غيره فلا يسقط عنه طلب الفيئة.

● ص:

وصدق إن ادعاها إلا أن تحلف بعد نكوله.

● ش:

يعني: أن المولي إذا ادعى الفيئة وكذبته الزوجة في ذلك فإن الزوج يصدق بيمينه سواء كانت الزوجة بكرًا أو ثيبًا، فإن نكلت حلفت أنه لم يف وبقيت على حقها، فإن نكلت بقيت زوجة كما لو حلف فالقول قوله في صورتين وهما حلفه هو نكولهما، والقول لها في صورة واحدة وهي ما إذا حلفت بعد نكوله، وإذا كانت صغيرة أو سفيهة أو مجنونة فظاهر كلامهم أنه لا يحلف وليها لأن هذا أمر لا يعلم إلا منها ويسقط اليمين عن الصغيرة والمجنونة وتطلق عليه الآن.

● ص:

وإن وعد بها انتظر بالاجتهاد وإلا أمر بالطلاق فإن أبى طلق عليه.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا طولب بالفيئة بعد الأجل فوعد بها ولم يف فإنه ينتظر بالاجتهاد من الحاكم ويختبره المرة بعد المرة إلى ثلاث مرات، فإن لم يفعل طلق عليه وإن لم يعد بالفيئة وقال: لا أفي فإنه يؤمر بالطلاق فإن طلق فواضح وإن أبى الطلاق طلق عليه الحاكم أو جماعة المسلمين عند عدمه بلا تلوم على الصحيح،

وهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم به؟ القولان السابقان في زوجة المعترض ولو رضيت بإسقاط حقها فلها القيام متى شاءت، وقيل: تحلف ما أسقطته للأبد، وسيأتي ذلك، ثم إن محل كون الفيئة مغيب الحشفة في القبل مع الافتضاض في البكر إنما هو في غير ذي المانع كالمريض والمحبوس والغائب ومن يمتنع وطؤها، وشرعًا لحيض أو نفاس ونحوهما، فإن كان ذا مانع مما ذكر ففيئته بالوعد كما أشار له بقوله:

● ص:

وفيئة ذي المانع بالوعد.

● ش:

يعني: أنه إذا طولب المولي بالفيئة وهو ذو عوز لمانع كمريض لا يقدر على الوطء ومحبوس لا يقدر على خلاص نفسه بماله، وكغائب غيبة بعيدة وما في معنى ذلك إذا كانت المرأة حائضًا أو نفساء أو محرمة، فإن الفيئة لما ذكر تكون بالوعد بالوطء إذا زال المانع لا بالوطء لتعذره مع المانع كالمرض والسجن ونحو ذلك، قال «الش»: سبق عموم حل الإيلاء. اهـ. أي سبق عموم حله للمعذور وغيره بتعجيل ما يعجل من الأيمان، وهذا اعتذار عن عدم ذكر الحل في فيئة المعذور الذي ذكره الأصل.

والحاصل: أنه يشرك المعذور وغيره في الخلال الإيلاء بزوال الملك وتكفير ما يكفر وتعجيل مقتضى الحنث وينفرد غير المعذور بأنه ينحل إيلاؤه بمغيب الحشفة، فإذا طولب المعذور بالفيئة بعد الأجل ففيئته تكون بما ينحل به الإيلاء من زوال ملك أو تكفير أو تعجيل لمقتضى الحنث أو إبانة الزوجة المحلوف بها، فإن لم يمكن انحلالها بما ذكر ففيئته بالوعد وذلك في مسائل أربع، على ما ذكره الأصل:

الأولى: ما إذا كانت يمينه بطلاق رجعي في المولي منها كقوله: إن وطئتك فأنت طالق واحدة أو اثنين فلا يمكن انحلالها بطلاقها رجعيًا لأنه لو طلقها رجعيًا ثم وطئ لحقته طلقة أخرى، إذ الرجعية زوجة يلزمه طلاقها إن طرئ موجبه فلا فائدة

في تعجيل الطلاق قبل الحنث فيعدها بـالوطء بعد زوال المانع، وأما الطلاق البائن فينحل به الإيلاء.

الثانية: أن تكون يمينه بطلاق رجعي في غير المولي منها كقوله لإحدىٰ زوجتيه: إن وطئتك ففلانة طالق، فلا يمكن انحلالها أيضًا بطلاق رجعي إذا طلق ضرتها طلاقًا رجعيًا ثم وطئها بعد زوال العذر فإنه يلزمه في ضرتها طلقة أخرىٰ لأنها رجعية يلحقها طلاقه، فالفيئة في ذلك تكون بالوعد بالوطء بعد العذر، فلو كان بائنًا لا ينحل به الإيلاء كما مر قبله.

والثالثة: إذا كانت يمينه بصوم معين قبل زمنه نحو: إن وطئتك فعليَّ صوم رجب ولم يأت زمنه فلا يمكن انحلالها بتعجيل مقتضى الحنث وهو الصوم إذ لو صام قبل مجيء زمنه ثم وطئها لزمه صومه إذا جاء زمنه، فلا فائدة في تقديمه، فالفيئة أيضًا بالوعد.

الرابعة: إذا كانت يمينه بعتق أو صوم أو صدقة أو شيء غير معين فلا يمكن انحلالها أيضًا إذ لو فعل شيئًا من ذلك قبل الحنث لم ينفعه ولزمه بدله بالحنث، فإذا قال لها: إن وطئتك فعليَّ عتق رقبة غير معينة أو صدقة بدينار كذلك فلا يمكن انحلالها بعتق رقبة أو صدقة بدينار قبل الحنث بالوطء، إذ لو أعتق عبدًا أو تصدق بدينار ثم وطئ لزمه عتق رقبة أخرىٰ وصدقة بدينار آخر، فالفيئة في المسائل الأربع بالوعد بالوطء إن زال مانع المرض أو السجن ونحوهما لا بالوطء لتعذره بالمانع ولا بالطلاق الرجعي ولا عتق غير المعين ولا الصدقة بغير معين، إذ لو فعل ذلك لزمه مرة أخرىٰ فلا فائدة في فعله كما تقدم.

هذا إيضاح ما ضرب عنه «الش» صفحًا وأحاله على ما سبق، والإنصاف أن مثل هذا لا يتضح إلا بنحو ما قررناه لا بإحالة على ما سبق فتأمل.

● ص:

ولها الرجوع بعد الإسقاط ومنعه من السفر، فإن أبى طلق عليه بعد الأجل.

● ش:

يعني: أن الزوجة إذا أسقطت حقها من الفيئة ورضيت بالمقام معه بلا وطء فإن

لها الرجوع في حقها بعد إسقاطه لقلة صبر النساء.

وبعبارة: للزوجة القيام على الزوج وطلب الفيئة أو الطلاق بعد رضاها بالمقام معه بلا وطء ولا يلزمها الرضى لأن هذا أمر لا صبر للنساء عليه، وللزوجة أيضًا منع زوجها المولي من السفر حيث أراده قبل الأجل فترفعه للحكم ليمنعه من السفر، فإن أبى ترك السفر طلق عليه الحاكم بعد الأجل في حال سفره ويخبره الحاكم بأنه يطلق عليه إذا حل الأجل، ففائدة إخبار الحاكم أنه لا يبعث له إذا جاء الأجل وطلبت الفيئة.

● **ص:**

فإن غاب ولم تعلم به بعث له في مسافة شهرين أمنًا.

● **ش:**

يعني: أن الزوج المولي إذا غاب أثناء الأجل ولم تعلم الزوجة به حين شروعه في السفر وانقضى الأجل وهو غائب فإنه يبعث له بعد انقضاء الأجل ليعلم ما عنده ولو بعدت الغيبة بأن كانت على مسافة شهرين ذهابًا مع الأمن ونحو العشرة مع الخوف، وأجرة الرسول عليها لأنها المطالبة، فإن كانت غيبته أكثر من ذلك طلق عليه لكن بعد مضي الأجل رجاء أن يقدم في الأجل.

وأفهم قوله: بعث له، أنه معلوم الموضع وإلا فهو مفقود فيطلق عليه لغير الإيلاء كعدم نفقة ونحوه؛ لأن الإيلاء مع الفقد ساقط.

تنبيه:

إذا طلق الحاكم على المولي زوجته التي دخل بها فله أن يراجعها ما دامت العدة فإذا راجعها صحت رجعته بشرط أن ينحل إيلاؤه بوطئها في العدة وبتكفير ما يكفر في العدة أو بانقضاء أجل أو تعجيل حنث، ومثل انحلال الإيلاء رضى الزوجة كما هو قول ابن القاسم والآخرين خلافًا لسحنون، فإن لم ينحل إيلاؤه بوجه من هذه الوجوه حتى انقضت عدتها بطلت رجعته وحلت للأزواج بالخروج من العدة وله مراجعتها بعقد جديد بشروطه، وكذا تلغى وتبطل رجعة من طلق عليه لعسره بالنفقة حيث لم يجد شيئًا يقوم بواجب مثلها ما لم ترض بذلك كما سبق في الرجعة.

• ص:

وإن وطئت إحداكما فالأخرى طالق إيلاء منهما.

• ش:

وطئ بالبناء للفاعل وهو التاء ضمير المتكلم، وإحداكما مفعوله، يعني: أن من له زوجتان فقال لهما: إن وطئت إحداكما فالأخرى طالق، فإن وطئت إحداهما طلقت الأخرى وانحلت يمينه، وإن لم يطأ واحدة منهما فهو مولٍ منهما معًا فيطلقان معًا إن رفعتا للحاكم وضرب له الأجل ولم يف في واحدة منهما، وإن فاء في واحدة طلقت الأخرى، والأجل هنا من اليمين، وإذا رفعته واحدة فقط ولم يف طلقت هي، هذا هو المذهب خلافًا لما في الأصل من أن الحاكم يطلق عليه واحدة بالقرعة إذا أبى الفيئة في إحداهما.

وقال ابن عبد السلام: يجبره على طلاق أيهما شاء، والأصل تبع ابن الحاجب وابن شاس، والمذهب ما استظهر ابن عرفة من أنه مولٍ منهما فإن رفعته واحدة منهما أو هما معًا ضرب له الأجل من اليمين، ثم إن فاء في واحدة منهما طلقت عليه الأخرى وإلا طلقتا معًا ما لم يرضيا بالمقام معه بلا وطء.

• ص:

وفيها: إن حلف بالله لا يطأ واثنتين فمول وله الوطء ولا كفارة واستشكل.

• ش:

ضمير فيها عائد على المدونة، وهكذا كل ضمير مؤنث عائد على غير مذكور في غالب كتب المذهب، فإنه يعود عليها، وقوله: لا يطأ هو المحلوف عليه، وقوله: اثنتين يعني: قال: إن شاء الله أو إلا أن يشاء.

والمعنى: أن من قال لزوجته والله لا أطؤك أكثر من أربعة أشهر إلا أن يشاء الله. ففي المدونة عن مالك أنه مولٍ وله الوطء ولا كفارة عليه، واستشكل قول الإمام فيها من وجهين، أحدهما: أن الاستثناء حل لليمين فكيف يكون موليًا، والثاني: كيف يكون موليًا ويطأ من غير كفارة؟

وأجيب عن الإشكال الأول بأن قول الإمام إنه مولٍ محمول على ظاهر القضاء

بأن ترك وطئها فرفعته للحاكم وادعت أنه مول واستندت في ذلك ليمينه ولم تصدقه في أنه أراد بالاستثناء حل اليمين بقرينة امتناعه من الوطء.

وأجيب عن الثاني وهو أنه يطأ بلا كفارة بمجمل كلام الإمام فيه على الباطن، أي يدنيه المفتي بأن يقول له: يحل لك الوطء بينك وبين الله تعالى ولا كفارة عليك.

فتحصل أن قوله في المدونة يكون موليًا محمول على القضاء إذا لم تصدقه، وقوله: له الوطء ولا كفارة محمول على الفتوى فيدنيه المفتي في الاستثناء.

وأورد على الجواب الأول قول الإمام أيضًا: لو حلف لا يطؤها ثم كفر عن يمينه ولم يطأ بعد الكفارة ولم تصدقه المرأة في أن الكفارة عنها، وإنما هي عن يمين أخرى بقرينة امتناعه من الوطء فإن القول قوله وتنحل الإيلاء عنه، فما الفرق؟ أي لم صدق في نيته التكفير عنها هنا ولم يصدق في نية الحل بالاستثناء فيما سبق؟ وفرق بينهما بشدة المال على النفس في الثانية، وهو الكفارة، وخفة الاستثناء في الأولى، فإذا كان القول له في الثانية وهي مسألة الكفارة دون الأولى وهي مسألة الاستثناء والصوم كالمال في المشقة، أي أنه لما أتى بأشد الأمور على النفس وهو إخراج المال في الكفارة أو الصيام فيها صدق ووكلت له، وأما الاستثناء فليس بشديد على النفس بل مجرد لفظ لا كلفة فيه.

وفرق بينهما أيضًا بأن الاستثناء في الأولى يحتمل غير الحل كالتبرك والتأكيد احتمالًا قريبًا ظاهرًا فلذا لم يصدق في إرادة حل اليمين، والكفارة في الثانية وإن احتملت أنها عن يمين أخرى لكن احتمالًا بعيدًا غير ظاهر لتوقفه على أمرين وجود يمين غير يمينها، ونية صرف الكفارة له، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

[باب في الظهار]

ولما كان الظهار شبيهًا بالإيلاء في أن كلًّا منهما يمين تمنع الوطء ويرفع ذلك الكفارة وكانا طلاقًا في صدر الإسلام على قول، وإن تفارقا في بعض الأحكام أعقبه بالإيلاء، فقال:

● ص:

باب.

● ش:

ذكر فيه الظهار وأركانه وكفارته وما يتعلق بذلك، والظهار مأخوذ من الظهر؛ لأن الوطء ركوب، والركوب غالبًا إنما يكون على الظهر، وكانوا في الجاهلية إذا كره أحدهم امرأته ولم يرد أن تزوج بغيره آلى منها أو ظاهر فتصير لا ذات زوج ولا خالية تنكح غيره وكان طلاقًا في الجاهلية وأول الإسلام، حتى ظاهر أوس بن الصامت من امرأته خولة بنت ثعلبة، ونزلت سورة المجادلة حين جادلته ﷺ، واختلفت الأحاديث في نص مجادلتها، ففي بعضها أنه أكل شبابي وفرشت له بطني فلما كبر سني ظاهر مني ولي صبية صغار إن ضممتهم إليه ضاعوا وإن ضممتهم إليَّ جاعوا، وهو عليه الصلاة والسلام يقول لها: «اتق الله فإنه ابن عمك» فما برحت حتى نزلت قوله تعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِي تُجَـٰدِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِيٓ إِلَى ٱللَّهِ وَٱللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَآ﴾ [المجادلة:١]، أي تراجعكما، فقال عليه الصلاة والسلام: «ليعتق رقبة»، قالت: لا يجد، قال: «فيصوم شهرين متتابعين» قالت: يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال: «فيطعم ستين مسكينًا» قالت: ما عنده من شيء يتصدق به، قال: «فإني سأعينه بفرق من تمر» قالت: يا رسول الله وأنا أعينه بفرق آخر، قال: «قد أحسنت فاذهبي وأطعمي ستين مسكينًا وارجعي لابن عمك».

وقوله: أطعمي... إلخ، أي أخبريه بأنه يطعمهم، والفرق بالتحريك ستة عشر رطلًا، وبالتسكين سبعمائة وعشرون رطلًا.

قال «خ»: والظهار حرام لأنه منكر من القول وزور.

ولما حد بعضهم الظهار بحد غير سالم من الاعتراض لعدم الجمع والمنع عدل عنه «المص» كأصله إلى حد يشمل على أركانه الأربعة وهو المشبِّه والمشبَّه والمشبه به والصيغة مع الجمع والمنع، فقال:

● ص:

الظهار تشبيه المكلف.

● ش:

تشبيه مصدر مضاف لفاعله وهو المكلف ومفعول المصدر قوله الآتي: ما يلزم به الطلاق، والمكلف صفة لمحذوف، أي تشبيه الرجل أو مالك العصمة المكلف ما يلزم به الطلاق كلًا أو جزءًا، حقيقة كاليد والرجل، أو حكمًا كالشعر بممنوع، أي يحرم عليه بالأصالة، وإنما جعلنا المحذوف الرجل أو مالك العصمة ولم تقدر بالشخص لأنه لو قدر بذلك ليشمل الزوجة إذا ظاهرت من زوجها مع أنه ليس بظهار ولا يلزمها كفارة ظهار ولا كفارة يمين خلافًا للزهري في الأول ولإسحاق في الثاني، وحذف «المص» قيدًا يؤخذ مما يأتي وهو الإسلام، وأما الكافر فلا يلزمه ظهار ولو ترافعوا إلينا فإذا ظاهر كافر ثم أسلم لم يلزمه ظهار كما لا يلزمه جميع الأيمان من طلاق أو عتاق أو صدقة أو نذر أو شيء من الأشياء إذا أسلم.

والمراد بالمكلف ما يشمل الزوج والسيد والحر والعبد والسكران بحرام، وخرج به الصبي والمجنون والسكران بحلال والمكره، وتذكير الوصف يشعر باشتراط الذكورية فخرج به المرأة فلا ظهار لها كما تقدم، ويشمل المكلف السفيه ويكفر عنه الولي بالعتق إن كان موسرًا، فإن لم يعتق عنه لإجحافه بماله أو لأنه لا يأمن من عوده للظهار أو لمصلحة رآها يلزمه الصوم عند ابن القاسم، وللزوجة الطلاق من غير ضرب أجل، وإن لم يكن له مال صام ولا منع لوليه فإن أبى فهو مضارر.

والمراد بالتشبيه ما يشمل التشبيه البليغ وهو ما حذف فيه أداته، نحو: أنت أمي، كما يأتي.

ولما ذكر الركن الأول وهو المشبِّه بكسر الباء شرع في ذكر المشبَّه بالفتح، فقال:

• ص:

ما يلزم به الطلاق.

• ش:

ما موصولة مفعول المصدر وهو تشبيه، والباء في به سببية، أي ما يلزم بسبب تطليقه وقوع الطلاق، أي أن الظهار هو تشبه المكلف ما يلزم به الطلاق بممنوع، أي يحرم عليه أصالة وما يلزم به الطلاق شامل لكل المرأة وجزئها، والجزء شامل للجزء الحقيقي كاليد والرجل، والحكمي كالشعر والريق، وأما ما لا يلزم به الطلاق كالدمع والبصاق فلا يلزم به الظهار.

وقوله: ما يلزم به الطلاق، أي إذا كان من أنثى يحل له وطؤها بالأصالة أعم من أن تكون زوجة أو أمة قناء أو مدبرة وأم ولد، ومن تحل بالأصالة شامل لمن تحرم عليه لعارض كمحرمة ورجعية، أي مطلقة طلاقًا رجعيًا.

والحاصل: أنه إذا شبه ما يلزم به الطلاق في الزوجة سواء كان كلًّا أو بعضًا بمن تحرم عليه بالأصالة فإنه يلزمه الظهار إذا كان ما يلزم به الطلاق من أنثى تحل له بالأصالة من زوجة أو أمة على ما يأتي، ولا نتوهم من قوله: ما يلزم به الطلاق؛ أن ذلك خاص بالزوجة لأن المدار على كون المشبه يلزم به الطلاق على تقدير أنه من زوجة وإن شبهه من أمة تحل، وعدل عن قول الأصل: تشبه من تحل أو جزئها إلى قوله: ما يلزم من الطلاق؛ لأن ما يلزم به الطلاق شامل للشعر والريق والكلام مع أن هذه المذكورات لا تسمى أجزاء في العرف، فالتعبير في الجزء يوهم أنه لا يلزم بها الظهار وليس كذلك.

ثم ذكر الركن الثالث وهو المشبه به، فقال:

• ص:

بممنوع أصالة لا كحائض.

• ش:

قوله: بممنوع جار ومجرور متعلق بتشبيه، أي أن الظهار تشبيه ما يلزم به الطلاق بممنوع، أي يحرم عليه بالأصالة، سواء شبه بكل الممنوع أو نجز به نظير ما سبق

في الشبه فالأقسام أربعة:

تشبيه كل بكل، نحو: أنت عليَّ كأمي.

تشبيه كل بجزء، نحو: أنت عليَّ كيد أو رأس أم أو ظهر أمي أو كلامها أو شعرها أو ريقها.

تشبيه جزء بجزء، نحو: يدك كيد أمي.

تشبيه جزء بكل، نحو: يدك أو رأسك كأمي.

والممنوع بالأصالة شامل للمحرم كأم وأخت والخالة والعمة ونحو ذلك من بقية المحارم وللأجنبية وللأمة المبعضة والمكاتبة، فالتشبيه بهن ظهار كالدابة والذكر.

وبعبارة: الممنوع أصالة شامل لمحرم النسب والرضاع والظهر والأجنبية والذكر والبهيمة.

وقوله: بممنوع أصالة؛ خرج به من عرض لها المنع كالحائض والنفساء والصائمة والمحرمة بنسك فلا ظهار على من قال لإحدى زوجتيه: أنت عليَّ كظهر زوجتي الحائض أو النفساء أو المحرمة بحج أو عمرة أو صائمة ونحوها، فالتشبيه بما ذكر ليس بظهار لأنه ليس بممنوع أصالة بخلاف: أنت عليَّ كظهر أمتي المكاتبة أو المبعضة، فظهار كظهر دابتي، أو ظهر فلانة الأجنبية؛ لأن المنع فيما ذكر بالأصالة.

وأما زوجته الرجعية فهل التشبيه بها ظهارًا ولا ترد فإذا قال لمن في عصمته: أنت كزوجتي المطلقة رجعيًا فهل يلزمه الظهار أو لا ترد كما قال ابن عبد السلام؟

ويلحق في الرجعية الظهار إذا شبهها بممنوع، فإذا قال لها: أنت كأمي لزمه الظهار، وعلى ذلك لو شبه إحدى زوجتيه بالأخرى، فالأحوط اللزوم خروجًا من التردد، وإن كان اللزوم فيها لا يناسب اللزوم بها إلا أنه قد يقال: الرجعية لها اعتباران: حرمة الاستمتاع بها قبل الرجعة، وبهذا الاعتبار لزم الظهار بالتشبيه بها على أحد قولين، والثاني: تمكنه من رجعتها وأنها زوجة حكمًا، وبهذا الاعتبار لحق فيها احتياطًا في كل فلا تناقض، قال ابن عبد السلام: لو قيل: إن ظهاره منها قرينة ارتجاعها لما بعد.

وبعبارة: إذا شبه من في العصمة بمن طلقها رجعيًا محل تردد وعلى أنه ظهار فيقال: لم ألغى اعتبار الطلاق الرجعي في جانب المشبه، واعتبر في جانب المشبه به، ولعله احتياطًا للعصمة، وعبر بممنوع دون ظهر محرم لوجهين:

الأول: أن التعبير بالظهر يوهم أن الخالي من لفظ ظهر ليس ـ كما فعل الأصل ـ بظهار، وليس كذلك.

الثاني: أن لفظ مُحَرَّم في كلام الأصل بضم الميم وفتح الحاء وشد الراء المفتوحة وهو يلتبس بلفظ مَحْرَم بفتح الميم وسكون الحاء وتخفيف الراء المفتوحة، ونحن إذا قرأناه بهذا الضبط لا يشمل الأجنبي والأجنبية والدابة والمبعضة والمكاتبة مع أن التشبيه بذلك ظهار كما مر.

قال «خ»: والمحرم من حرم نكاحه على التأبيد لحرمته، أي لشرحه، ومن جملة المحرم عليه الدابة، فإذا قال لمن يحل له وطؤها: أنت عليَّ كظهر الدابة كان مظاهرًا. اهـ.

• ص:

ولزم فيها.

• ش:

تقدم أنه إذا شبه إحدى زوجتيه بالأخرى الحائض لا يلزمه بذلك ظهار لأن حرمة الحائض عارضة بالحيض لا أصلية، وذكر هنا أنه يلزم فيها الظهار، فإذا قال لزوجته الحائض: أنت عليَّ كظهر أمي أو يدك أو شعرك كيد أو شعر أمي لزمه الظهار لأنها تحل بالأصالة، ومحل لزوم الظهار في الحائض ما لم ينو مدة المانع، وإلا فلا يلزمه لأنه يحرم عليه جماعها فهي في مدة المانع كأمه أو أخته، فقوله لها: أنت كأمي أو أختي لغو.

والصائمة كالحائض والإحرام والاعتكاف من طرفه أو طرفها يمنع الاستمتاع مطلقًا ولو غير جماع، فإذا قال: أنت عليَّ كظهر أمي مدة الإحرام أو الاعتكاف فلغو لأنه معلوم أنها مدة ما ذكر عليه كظهر أمه، فكان كمن ظاهر ثم ظاهر ثانيًا قبل التكفير فلا يلزمه الظهار الثاني.

● ص:

كرتقاء ومجوسية أسلمت بحيث يُقر عليها.

● ش:

هذا تشبيه في اللزوم، أي وكذا يلزم الظهار في زوجته الرتقاء، فإذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي لزمه الظهار لأنه يستمتع منها بغير الإيلاج، وكذا بقيت المعينات يلزم فيها الظهار لأنه يحل الاستمتاع بها فقد صدق عليه شبه من تحل أصالة بمن تحرم أصالة.

وبعبارة: ولزم الظهار في الرتقاء والقفلاء والجزاء والقرناء لأنه وإن تعذر الوطء لا يتعذر الاستمتاع بغيره من سائر جسدها فدل على أن الظهار متعلق بسائر أنواع المسبب، وعليه لزوم ظهار الشيخ الفاني والمجبوب والمعترض.

ومجوسية عطف على رتقاء، أي وكذا يلزم الظهار في زوجة مجوسية أسلمت بعد إسلام زوجها في زمن قريب بحيث يقر عليها فيه بأن قرب كالشهر على ما سبق وظاهر منها قبل إسلامها وبعد إسلامه، وأما إذا ظاهر منها قبل إسلامه فلا يصح بدليل قوله الآتي: لا من كافر، فصورة المسألة: أنه أسلم ثم ظاهر منها ثم أسلمت بعد إسلامه في زمن يقر عليها.

وبعبارة: إذا أسلم الزوج المجوسي ثم ظاهر من زوجته المجوسية ثم أسلمت بعد إسلامه ولم يبعد ما بين إسلامها من إسلامه كالشهر فإنه يقر عليها من غير تجديد عقد، وهي بعد إسلامه وقبل إسلامها في حكم الزوجة فيلزمه الظهار والإيلاء والطلاق، وأما الزوجة الكتابية فلا يشترط في لحوق الظهار بها إسلامها، فإذا ظاهر منها لزمه فيها الظهار ولو لم تسلم سواء كان إسلام زوجها أصليًا أو طارئًا، ويُقَرّ بضم الياء وفتح القاف وشد الراء، ومفهوم يقر عليها أنه إذا لم يقر عليها بأن تأخر إسلامها عن إسلامه بأكثر من كالشهر لم يلزمه فيها ظهار لبينونتها منه.

● ص:

لا من كافر ولو ترافع.

● ش:

الظاهر أنه عطف على محذوف، أي وصح الظهار من مسلم لا من كافر فلا يصح

ظهاره ولا يلزم ولو ترافعوا إلينا لأن كفارة الظهار لا تكون إلا قربة والكافر ليس من أهلها، ولأن الله تعالى قال: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم﴾ [المجادلة:٢] والخطاب للمسلمين بخلاف الإيلاء فلم يقل فيه للذين يؤلون منكم، ولا كفارة فيه حتى تكون قربة فلذا لزم الإيلاء من الكافر ولم يلزم منه الظهار وهذا الفرق خير مما في الخرشي وغيره من أن الإيلاء حق لمخلوق فشدد فيه ولزم لتضررها بترك الوطء.

والظهار حق لله تعالى وفيه أن حقوق الله تعالى تتعلق بالكفار والمسلمين، إلا أن يراعى عدم خطاب الكفار بفروع الشريعة على أن جعل الظهار من حقوق الله تعالى فقط ولا حق فيه للزوجة غير مُسَلَّم لأن المقصود من الظهار تجنبها، فرجع الحق لها كالإيلاء، ويمكن الجواب عن ذلك بأن الإيلاء لما التزمه بنفسه وكان لا يتعرَّض له إلا إذا رفعته كان من حق المخلوق، وأما الظهار فقد جعل الله تعالى شيئًا محدودًا في كفارته رفعته أو لا، فكان من حدود الله تعالى وحقوقه، توضيح «الش» و«حش».

● ص:

وفي المجبوب قولان.

● ش:

يعني: أنهم اختلفوا في لزوم الظهر من مجبوب ونحوه كمقطوع الذكر والمعترض وعدمه على قولين، فقيل باللزوم لقدرته على الاستمتاع بغير الوطء، وقيل: لا يلزم، ورجح بعضهم اللزوم في المجبوب، ورجح بعضهم عدمه، ومثل المجبوب الخصي والشيخ الفاني، والفرق بين المجبوب ونحوه والرتقاء ونحوها حيث جرى الخلاف في الأول، وصح الظهار في الثاني أن الرتقاء ونحوها يمكن الاستمتاع بها والوطء بين شفريها أكثر من استمتاع المجبوب بزوجته أو أمته وإن أنزل.

● ص:

لا في أمة لا توطئ إلا مكاتبة نوى إن عجزت.

● ش:

أي: أنه لا يصح الظهار ولا يلزم في أمة لا يحل وطئها كمبعضة ومؤجلة ومجوسة ومخدمة، فإذا قال لواحدة من هؤلاء: أنت علي كظهر أمي؛ لا يلزمه الظهار إلا

المكاتبة إذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي، ونوىٰ أنها عليه كظهر أمه إن عجزت فيلزمه الظهار فيها بعد العجز لا إن لم تعجز، وإن لم ينو فيها ذلك فإن أدت النجوم وعتقت فلا كلام أنه لا يلزمه الظهار وإن عجزت ورجعت إلىٰ الرق فخلاف، والراجح عدم لحوقه فيها لأنه عادت إليه بملك جديد بعد أن أحرزت نفسها ومالها، وعلىٰ القول بعد اللزوم فيها فيلحق الظهار بالتشبيه بها كالأجنبية كما في «خ» فإذا قال لزوجته: أنت كأمي المكاتبة لزمه الظهار في الزوجة، وأما المدبرة وأم الولد فيلحق فيهما الظهار، فإذا قال لواحدة منهما: أنت كظهر أمي لزمه الظهار لأنه يحل وطئها بالأصالة وقد شبههما بمن تحرم عليه أصالة.

● ص:

وتعليقه وتفويضه كالطلاق إلا أن الوطء لا يبطل التفويض هنا.

● ش:

يعني: أن تعليق الظهار كتعليق الطلاق سواء بسواء، ومن التعليق الماضي في المعنىٰ تقييده بزمن فيتأبد كالطلاق، فإذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي في هذا اليوم أو هذا الشهر فالتقييد بذلك لاغ ويتأبد الظهار فلا ينحل عنه إلا بالكفارة.

وإن علق الظهار بعدم الزواج كإن لم أتزوج عليك فأنت كأمي فلا يكون مظاهرًا إلا عند اليأس من الزواج بموت المعينة أو بعدم قدرته علىٰ الوطء أو عند العزيمة علىٰ الضد وهو عدم الزواج كقاعدة الحنث من أن العزم علىٰ الضد يوجب الحنث كما في «بن» متعقبًا علىٰ «ر».

ويمنع من الوطء قبل الزواج علىٰ القاعدة في الحنث أيضًا ويدخل عليه الإيلاء ويضرب له الأجل من يوم الحكم ومنعه من الوطء حتىٰ قبل اليأس أو العزيمة كما في «دك».

وينجز الظهار إن علقه بمحقق كزمن يبلغانه عادة كـ: أنت عليَّ كظهر أمي بعد سنة أو إن جاء رمضان، وإذا علق الزوج الظهار بأداة تعليق كإن وإذا ومهما ومتىٰ علىٰ مشيئتها، نحو: أنت عليَّ كظهر أمي إن أو إذا شئت فإنه يتوقف الطلاق علىٰ مشيئتها ورضاها، ومشيئة غيرها كذلك، فلا يقع إلا إذا شاء، وإذا علقه علىٰ مشيئتها

فهو بيدها ما لم تقض بـرد أو إمضاء على ما سبق في الطلاق، وإلى هذا أشار بقوله: وتفويـضه كالطلاق. أي أن تفويض الظهار لها كتفويض الطلاق لها إلا أن الوطء هنا لا يبطل التفويض بخلاف الطلاق، وإذا فوض لها الطلاق فظاهرت فظهارها لغو إلا أن يخيره الزوج كالفضـولي، فإذا أرادت الطلاق بالظهـار ففي «بن» تطلق عليه ثلاثًا إلا أن ينـاكرها فيما زاد على الواحة، وتعقب «عب» في قـوله بالغائه مع أنه الأنسب بما يأتي في صريح الظهار من أنه لا ينصرف للطلاق ولو نواه على الراجح.

وبعبـارة: تعليق الـظهار عـلى أمر وتفـويضه للـزوجة أو غـيرها لتـعليق الطلاق وتفـويضه في جـميع ما سـبق إلا أن الوطء هنـا لا يبطل الـتفويض، فـإذا علقه على مستقبل مـحقق كأنت عليَّ كـأمي بعد شهـر، أو غالب كـإن حضت، أو لا صبر عنه كإن قمت، تنجز، وإن علقه على مسـتقبل ممتنع كإن لمست السماء فلا شيء عليه، فإن علقه علـى محتمل غير غالب كقدوم زيد انتظر، وإن قيده بوقت كأنت كأمي في هذا الشـهر تأبـد، وإن فوضه لهـا توكيلًا فله عـزلها إلا لـتعلق حقها به، وتـمليكًا أو تخييرًا فليس له عزلها، وهكذا فيجري هنا جميع ما مر إلا ما استثناه «المص».

تنبيهات:

الأول: تفـويض الظهار للزوجـة أو إجازة ظهارها كـالتوكيل للزوجـة على الظهار، وهذا يخالف ما يأتي في باب الوكالـة من أنها لا تصح في معصية كالظهار، ويجاب بأن معنى ما يأتي أن الوكالة الشرعية لا تنعقد في ذلك لأنها إنما تكون فيما فيه حق شرعي للموكل يقوم الـوكيل مقامه فيه والمعصية لا حق فيها لأحد، وأما لزوم الظهار بالإجـازة فشيء آخر، وإنما استقـر بيد المرأة حق في ظهـارها إذا فوضه لها لأنه من تعلقات عصمتهـا فلها فيه ارتباط ليس للأجنبـي على فرض توكيله، وأما الإيلاء فلا يقبل التوكيل لأنه يمين، ومن قال لآخر: احلف عني بطريق الوكالة فحلف لـم يلزمه اليمين إلا أن يكـون تعليق طلاق فيلـزمه على الأظهـر احتياطًا في الفروج. اهـ من «حش».

الثاني: إذا علق الظهار على أمر كدخول دار أو كلام أحد فلا تصح كفارته قبل لزومه بالدخول أو الكلام بل ولا يصح تقديمها قبل العزم بل لا بد من العزم كما يأتي.

الثالث، إذا قال لزوجته: إن وطئتك فأنت عليَّ كظهر أمي ففيه أربعة أقوال:

الأول: أنه يمنع منها ولا يجز له النزع إذا هو وطئ وقد صار مظاهرًا منها يحرم عليه وطئها ولا يمكن من وطئها لأنه إذا غيب الحشفة صار مظاهرًا منها ويضرب له أجل الإيلاء لعلها أن ترضى بالمقام معه بلا وطء ولا يمكنه هنا تكفير لأن الظهار لا ينعقد عليه إلا بالوطء وهو لا يمكن منه كما علمت فلا تكفير قبل ثبوته، نعم إن تجرأ ووطأ كان مظاهرًا وطلبت منه الكفارة.

القول الثاني: أنه يغيب ثم ينزع فيصير مظاهرًا، والنزع لا يعد وطئًا، وإنما هو تخلص من حرمة.

الثالث: يطأ ولا ينزع.

الرابع: أن له ذلك وإن أنزل. أفاده «دص».

ولما أنهى الكلام على أركان الظهار الثلاثة وهي المظاهر وهو الزوج والسيد، والمظاهر منها وهو الزوجة والأمة، والمشبه به وهو من حرم وطئه أصالة من آدمي أو غيره، شرع في الركن الرابع وهو الصيغة الدالة عليه، وهي إما صريحة فيه وإما كناية، والكناية إما ظاهرة لا تنصرف عنه إلا بالنية وإما خفية لا تعتبر فيه إلا بنية، فقال:

● **ص:**

وصريحة بظهر مؤبد تحريمها ولو ملاعنة.

● **ش:**

قوله: صريحة أي الظهار، أي صريح اللفظ الدال عليه بالوضع الشرعي بلا احتمال غيره، وظهر مؤبد بالإضافة، أي بلفظ ظهر امرأة مؤبد تحريمها عليه فلا بد في الصريح من الأمرين، أي ذكر ظهر ومؤبدة التحريم إن كان التأبيد أصليًا كالأم نسبًا أو رضاعًا، أو أم زوجته كذلك، بل ولو ملاعنة أو منكوحة في العدة لأن تحريمها في حكم التحريم الأصلي في التأبيد، قال «حش»: وفي «بن» أن ظهر الملاعنة والمنكوحة في العدة من الكناية فلينظر.

والحاصل: أن صريح الظهار ما كان بلفظ ظهر مؤبدة التحريم نسب أو رضاع أو طهر أو لعان أو نكاح في العدة نحو: أنت عليَّ كظهر أمي أو أختي من النسب أو

الرضاع أو أم زوجتي أو ملاعنتي أو منكوحتي في العدة لأخت زوجتي أو عمتها، وأما عضوها أو ظهر ذكر فالصواب أنهما ليسا من الصريح خلافًا لما في الأصل، بل هما من الكناية، نحو: أنت عليَّ كيد أمي، أو كظهر أبي، أو ابني، أو غلامي، أو فلان الأجنبي.

ثم بيَّن ثمرة معرفة الصريح من الكناية بقوله:

● **ص:**

ولا ينصرف إلا له ولو نوى الطلاق على الراجح.

● **ش:**

يعني: أنه لا ينصرف صريح الظهار إلا له ولو نوى به الطلاق على الراجح مما في الأصل فلا يؤخذ بالطلاق مع الظهار لأنه لو انصرف لغيره لزم عليه قلب الحقائق الشرعية، وإنما لم ينصرف صريح الظهار للطلاق ولو نواه به لأن ما كان صريحًا في باب لا يكون كناية في غيره، فإذا حلف بالله ونوى به الطلاق لم يلزم، فعلى هذا يخصص قولهم في الطلاق وإن نواه بأي كلام لزم أي بأن يقال: محل ذلك ما لم يكن هذا الكلام صريحًا في غير الطلاق وإلا فلا يلزم به الطلاق، كذا قالوا مع أنهم أعملوا صريح العتق في الطلاق.

ويجاب بأن هذه القاعدة أعني ما كان صريحًا... إلخ؛ عامة، ولذا قال «عبق» منشئًا من هذه القاعدة: إلا ما نصوا عليه وخرج بصريح كنايته فإنه إذا نوى بها الطلاق لزمه الثلاث في الفتوى والقضاء.

وبعبارة: لا ينصرف صريح الظهار للطلاق إذا نوى الطلاق بصريح الظهار ولا يؤخذ بالطلاق مع الظهار لا في الفتوى ولا في القضاء على الراجح، وقيل: يؤخذ في القضاء بالظهار للفظه وبالطلاق معه لنيته فيلزمه الثلاث ولا ينوي، وفي الفتوى يلزمه الطلاق فقط.

تنبيه:

إذا قال لها: أنت حرام كظهر أمي، أو أنت حرام كأمي، فهل يؤخذ بالطلاق مع الظهار إذا نوى به الطلاق فقط أو يؤاخذ بالظهار فقط؟ خلاف.

● ص:

وكنايته الظاهرة ما أفهمه غير صريح.

● ش:

ما وافقه على لفظ، يعني: أن كناية الظهار الظاهرة هي كل لفظ أفهم الظهار غير صريح فيه بأن لم يجمع فيه بين ظهر ومؤبد التحريم فكل ما سقط فيه أحد اللفظين بين الظهر ومؤبد التحريم كان من الكناية الظاهرة.

فالأول: نحو: أنت كأمي أو أنت أمي بحذف أداة التشبيه إلا لقصد إكرامه للزوجة، أي أنت مثلها في المنزلة والتكريم أو مثلها في النفقة والحنان فلا يلزمه بذلك ظهار، وكذا إن كني بذلك عن الإهانة والتوبيخ فلا يكون ظهارًا كما سيقول: وصدق فيما نواه بها.

والثاني: كظهر ذكر بأن يقول لها: أنت كظهر زيد أو كظهر أبي أو غلامي أو كظهر فلانة وهي أجنبية منه بأن يحل له وطئها في المستقبل بنكاح أو ملك، فالمراد بالأجنبية غير المحرم، والزوجة والأمة، وكذا إذا عبر بجزء كقوله: يدك أو رأسك أو شعرك كأمي أو كيد أمي أو رأسها أو شعرها فكل ذلك من الكناية الظاهرة.

● ص:

وصدق فيما نواه بها.

● ش:

أي: وصدق فيما نواه بالكناية الظاهرة بقسميها كنية كرامة أو كبر سن في تشبيهها بأمه، فإذا قال لها: أنت كأمي وقصد أنها مثلها في الكرامة أو كبر السن فلا يلزمه شيء.

● ص:

فإن نوى الطلاق فبتات إن دخل ونوى في غيرها.

● ش:

تفريع على قوله: وصدق، يعني: أنه إذا نوى بالكناية الظاهرة الطلاق فإنه يلزمه

البتات في المدخول بها، وينوي في غيرها فإن نوىٰ أقل لزمه ما نواه، بخلاف المدخول بها فلا يقبل منه نية أقل في الفتوىٰ والقضاء، أما إن نوىٰ بالكناية الظهار أو لا نية له فظهار لا طلاق.

ثم شبه في البتات في المدخول بها وقبول نيته في غيرها مسائل، فقال:

● **ص:**

كقوله، كابني أو غلامي أو كل شيء حرمه الكتاب ولو نوى الظهار.

● **ش:**

يعني: أنه إذا قال لها: أنت كابني أو غلامي أو غلام زيد فإنه يلزمه البتات في المدخول بها وينوي في غيرها ولو نوىٰ بذلك الظهار، وكذا يلزمه البتات ولو نوىٰ الظهار خلافًا لسحنون إذا قال لها: أنت ككل شيء حرمه الكتاب.

وكذا إذا قال لها: أنت كالخمر أو الميتة أو الدم أو لحم الخنزير وما أهل به لغير الله، فيلزمه في ذلك كله البتات في المدخول بها وينوي في غيرها ولا يلزمه بذلك الظهار ولو نواه.

والموضوع أنه لم يذكر ظهر ولا مؤبدة التحريم وإلا كان ظهارًا إذا لم ينو به الطلاق كما مر، فهذه الألفاظ من كنايات الطلاق لا الظهار.

وقوله: ولو نوىٰ به الظهار؛ راجع للجمع كما قررنا، وإذا قال لها: أنت كفلانة الأجنبية ولم يذكر ظهر ولا مؤبدة التحريم لزمه الثلاث في المدخول بها وينوي في غيرها، وهذا ما لم ينو الظهار، فإن نواه لزمه في الفتوىٰ فيصدق عند المفتي ويلزمه الظهار فقط، وأما في القضاء فيلزمه الظهار والطلاق الثلاث في المدخول بها كغيرها إلا أن ينوي أقل، فإذا تزوجها بعد زوج فلا يقربها حتىٰ يكفر كما في الأصل وشراحه.

ومفهوم قوله: كابني أو غلامي أنه إذا قال: كظهر ابني أو غلامي أنه ظهار، وهو قول ابن القاسم.

ثم شرع في بيان كنايته الخفية وهي ما لا تنصرف له ولا للطلاق إلا بالقصد، فقال:

● ص:

ولزم بأي كلام نواه وبالفعل كالطلاق.

● ش:

أي: ولــزم الظهـار بـأي كلام نـواه به كـالـطلاق نحـو: كلي واشـربـي واذهبي وانصرفي، فإذا نوى بذلك الظهار لزمه، وإذا نوى به الطلاق لزمه.

وكـذا يلزم الظهار بـالفعل كالقول كـما يلزم الطلاق بـالفعل إذا جرى به عرف أو قـامت على ذلك قرينة، فالفعل الـذي يدل عرفًا أو بقرينة على الظهار كالقول الدال عليه كما في الـطلاق، وأما الفعل الذي لا يـدل عليـه فلا يحصل به الظهـار ولو نواه به.

وقوله: بأي كلام؛ ظـاهره ولو بصـريح الطلاق وهو ما نقـل عن ابن القاسم، قال: من قال لامـرأته: أنت طالق وقـال: نويت به الظهـار لزمه الظهـار بما أقـر به من نية والطلاق بـما ظـهر مـن لفظه، وقـال غيره: لا يلـزمه ظـهار لأن صـريح كـل باب لا ينصرف لغيره ولو بالنية.

وقـدمنا هذه المسـألة بأبسط ممـا هنا فارجع لما سبق إن شئت، والمراد بالكلام هنا النطق ولو صوتًا سـازجًا فيشمل نعق الغراب ونهق الحمار، فإذا نعق كالغراب أو نهق كـالحمار وقال: أردت بذلك الـظهار لزمه، كذا قالـوا، وتوقف فيه بعضهم فقال: أصل الـكنايـة الخفيـة مختلـف فيها فـي المذهـب وخارجه، فقـد ألغاهـا الشـافعي وأشهب، فكيف يتوسع فيهـا بهذا الحد، قال العدوي في حاشية «عبق»: وكأن ما ه جرى من تفسيرهم الكلام المبطل للطلاق بمطلـق الصوت، لكنه قياس مع الفارق، فإن الصلاة تبطل بكل مناف.

وقوله: نـواه من باب الحـذف والإيصال، أعنـي أنه حذف الجار فـاتصل الضمير بعامله والأصل نواه به، أي نوي الظهار بهذا الكلام.

وقوله: وبالفعل؛ عطف على بأي كلام.

وقـوله: كـالـطلاق راجع للأمـرين، أي ولـزم بـأي كلام كـالطلاق ولـزم بـالفعل كالطلاق.

● ص:

ولغى إن وطئها أو راجعها فقد فعل ذلك أو حتى يفعله بأمه ما لم ينو ظهارًا أو طلاقًا.

● ش:

لَغَى بفتحتين كوهى وزنًا ومعنًى، أي يسقط بمعنى أنه لا يلزمه بذلك شيء لا ظهار ولا طلاق، وأتى بضمير الغيبة في قوله: حتى يفعله بأمه؛ تحاشيًا في التعبير عن قبيح اللفظ، فلم يقل: حتى أفعله، ولم يصف الأم لضمير المتكلم، فهذا منه رحمه الله رعاية للنكات الذوقية على عادته في أمثال ذلك، واسم الإشارة في قوله: فعل ذلك عائد على الوطء والمراجعة، وكذا الضمير في يفعله راجع للوطء والمراجعة.

وقوله: أو راجعها يعني: إذا كانت مطلقة طلاقًا رجعيًا يعني: أنه إذا قال لزوجته: إن وطئتك أو راجعتك فقد فعل ذلك بأمه أو لا أطأك، أو لا أراجعك حتى يفعل ذلك بأمه، أو لا أعود لمسك حتى يعود لمس أمه، فإن ذلك منه لغو لا يلزمه به شيء في جميع ذلك إذا لم يقصد به ظهارًا ولا طلاقًا وإلا لزمه ما نواه من ظهار أو طلاق، فقوله: بأمه راجع لقوله: فعل ذلك بها.

● ص:

والمعتبر وقت الحنث فيلزم في إن فعلت فأنت كزوجتي الأخرى فطلقها ثم فعل لا عكسه.

● ش:

يعني: أن الظهار إذا وقع معلقًا على شيء ولم يحصل المحلوف عليه حتى طلق المشبه بها أو حتى تزوجها فإن المعتبر في ذلك وقت الحنث لا وقت اليمين فيلزمه الظهار في قوله لإحدى زوجتيه: إن فعلت كذا فأنت كزوجتي الأخرى، ثم طلقت زوجته الأخرى وهي المشبه بها، ثم فعل المحلوف عليه، وإنما لزمه الظهار لأن الزوجة المشبه بها وقت الحنث أجنبية منه فقد شبه من تحل بمن تحرم، ولو نظر لوقت اليمين لم يلزمه شيء لأن المشبه بها كانت حلالًا يوم اليمين، وهو مذهب

ابن رشد واللخمي، والأول مذهب سحنون.

وأما عكسه وهو ما إذا قال لزوجته: إن فعلت كذا فأنت كفلانة الأجنبية، ثم تزوجها قبل المحلوف عليه ثم فعله فلا يلزمه ظهار على المعتمد اعتبارًا بوقت الحنث وهو مذهب سحنون، واعتبر ابن رشد واللخمي وقت اليمين فألزماه الظهار.

وبعبارة: قال سحنون: من قال لزوجته: إن فعلت كذا فأنت عليَّ كظهر فلانة الأجنبية ثم تزوج فلانة الأجنبية ثم فعل المحلوف عليه فلا شيء عليه بناء على اعتبار يوم الحنث لا اليمين، وأما لو قال لها: إن فعلت كذا فأنت عليَّ كظهر فلانة زوجته، ثم طلقها ثم فعل فيلزمه الظهار.

فقوله: فيلزم تفريع على قوله: والمعتبر وقت الحنث.

وقوله: لا عكسه من تتمة التفريع؛ أي لا يلزم في عكس هذا المثال وهو أن يشبهها بأجنبية ثم يتزوجها ثم يفعل اعتبارًا بوقت الحنث.

● ص:

وتعددت إن ظاهر بعد الوطء أو أخرج الحل أو قال، من دخلت أو علقه بمختلف أو نوى كفارات.

● ش:

الضمير في تعددت راجع للكفارة المعلومة من المقام يعني: أنها تعدد الكفارات على المظاهر في خمس مسائل:

الأولى: أن يظاهر من زوجته ثم يطأها ثم يظاهر ثانيًا منها فتلزمه كفارتان لأن الأولى لما تعددت بالوطء صار الظهار الثاني مخالفًا للأول وامتنع التأكيد فيجب التأسيس، فإذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي فدخلت ولزمه الظهار فوطئ ثم قال مثل قوله الأول وهكذا فإنها تعدد عليه.

الثانية: إذا ظاهر من زوجته ثم أخرج حل الكفارة، ثم ظاهر منها ثانيًا قبل تمام الكفارة فإنها تعدد عليه، وأولى لو ظاهر بعد تمام الكفارة لأن الثاني ظهار مستقل، أما إذا ظاهر منها ثانيًا قبل الوطء وأخرج الحل فلا تعدد، ومحل كلام «المص» إذا كان المُظَاهَر منها واحدة كما قررنا ولم يتعلق الظهار بمتعدد، إذ مع تعدد المظاهر

منها أو تعدد المعلق عليه المختلف تعدد الكفارة وإن لم يحصل بين اليمين موجب تعدد كما يدل على ذلك بقية كلامه.

الثالثة: إذا قال لأربع من الزوجات أو الإماء مثلًا: من دخلت منكن الدار أو كل من دخلتها منكن أو أيتكن دخلتها فهي عليَّ كظهر أمي، فتعدد عليه الكفارة بدخول كل واحدة منهن؛ لتعلق الحكم بكل فرد من الأفراد لأنه حكم على عام، والحكم على العام كلية، أي قضية كلية محكوم فيها على كل فرد من أفراد ذلك العام فهي في قوة قضايا بعدد أفراد موضوعها فكأنه قال: إن دخلت فلانة فهي عليَّ كظهر أمي وإن دخلت فلانة فهي عليَّ كظهر أمي وهكذا.

الرابعة: إذا علقه بمتعدد مختلف فإن الكفارة تتعدد عليه بحسب ذلك المعلق عليه كقوله: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي إن كلمت زيدًا، فأنت عليَّ كظهر أمي إن أكلت هذا الرغيف، فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم فعلت المحلوف عليه فيلزمه بكل فعل منه كفارة سواء حنث ثانيًا بعد إخراج الأولى أو قبل إخراجها كما هو ظاهره كالمدونة.

وأما إذا علقه بمتحد نحو: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي إن دخلت الدار، فأنت عليَّ كظهر أمي فلا تعدد عليه الكفارة فإذا دخلتها لزمته كفارة واحدة ما لم ينو عليه بكل دخول كفارة.

وكذا تتعدد الكفارة إن كان الظهار الأول منجزًا نحو: أنت عليَّ كظهر أمي، والثاني معلقًا نحو: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي، على ما قواه «بن» فإذا دخلت الدار لزمه اثنتان.

الخامسة: أن ينوي بفعل المحلوف عليه مرة واحدة كفارات متعددة فإنها تتعدد، وإذا كرر لفظ الظهار لواحدة بغير تعليق ولو في مجلس ونوى بكل يمين كفارة فإنها تتعدد عليه.

أما إذا لم ينو بالتكرار تعدد الكفارة فلا تتعدد عليه سواء ذكره في مجلس واحد أو في مجالس، وسواء ذكره لواحدة أو لأكثر إذا لم يفرد كل واحدة منهن بخطاب، وإلا تعدد.

وبعبارة: لا تتعدد الكفارة على من قال لامرأة واحدة: أنت عليَّ كظهر أمي، أنت عليَّ كظهر أمي، ولم ينو كفارات سواء نوى التأكيد أو التأسيس ولو غاير في لفظه كأنت عليَّ كظهر أمي، أنت عليَّ كظهر أختي.

تنبيه:

إذا قال لأربع من النسوة: إن تزوجتك فأنت عليَّ كظهر أمي فكفارة واحدة إن تزوج جميعهن في عقد أو عقود، لكن لا يقرب الأولى حتى يكفر ثم إن تزوج البواقي فلا شيء عليه.

بخلاف ما لو قال: من تزوجتها منكن فهي عليَّ كظهر أمي فإنه يلزمه لكل من تزوجها منهن كفارة لإبهام يمينه وخطاب كل واحدة.

• ص:

وله الوطء بعد واحدة.

• ش:

يعني: أن المظاهر الذي لزمه كفارات في امرأة واحدة فإنه يجوز له الوطء بعد إخراج كفارة واحدة على الأرجح لأنها هي اللازمة عن ظهاره بالأصالة والزائد عليها كأنه نذر أوجبه على نفسه وبنى على ذلك أنه لا يشترط العود فيما زاد على الواحدة وأنه لو أوصى بهذه الكفارات وضاق الثلث إن تقدم واحدة على كفارة اليمين بالله ثم تقدم كفارته على الباقي.

• ص:

لا إن ظاهر من نسائه.

• ش:

عطف على قوله: إن ظاهر بعد الوطء؛ أي وتعددت إن ظاهر بعد الوطء... إلخ، لا إن ظاهر من نسائه فلا تتعدد، وكذا ظاهر من جميع إمائه.

يعني: أنه إذا ظاهر من جميع نسائه في لفظ واحد كأنتن عليَّ كظهر أمي أو إن فعلت كذا فأنتن كظهر أمي فلا تتعدد عليه الكفارة.

وموضوع هذا الفرع كالذي بعده أنه لم ينو التعدد وإلا تعددت.

● ص:

وإن قال: كل من أتزوجها كظهر أمي فواحدة في الأولى.

● ش:

يعني: أنه إذا قال: كل امرأة أتزوجها أو أملكها فهي عليَّ كظهر أمي فلا تتعدد عليه الكفارة، وإنما يلزمه كفارة واحدة في أول من يتزوجها أو يملكها ثم لا شيء عليه فيما بعدها ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فلا شيء عليه، والفرق أن الظهار له فيه مخرج بالكفارة بخلاف الطلاق وإنما لزمه كفارة واحدة لأن الظهار كاليمين بالله فكفارة يمين واحدة كفارة عن الجميع، وحاصل الفرق أنه لم يلغ التعميم هنا كما ألغى في الطلاق لأن مخرج الكفارة نفي الضيق.

● ص:

وحرم استمتاع قبل الكفارة ورفعته إن خافته، وجاز كونها معه في بيت إن أمن ونظرها كالمحرم وعليها خدمته.

● ش:

يعني: أنه يحرم على المظاهر الاستمتاع بالمظاهر منها قبل تمام الكفارة ولو بمقدمات الوطء حملًا لقوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة:٣] على عمومه وعليه الأكثر، وظاهره كأصله حرمة الاستمتاع ولو كان عاجزًا عن جميع أنواع الكفارة، فقوله: قبل الكفارة على حذف مضاف، أي قبل تماسها وأولى قبل الشروع فيها.

وإذا خافت المرأة المظاهر منها الاستمتاع بها قبل الكفارة ولم تقدر على منعه فإنه يجب عليها أن ترفعه للحاكم ليمنعه عنها، وإلى هذا أشار بقوله: ورفعته إن خافته، أي رفعت زوجها للحاكم إن خافته لأن عليها منعه منها، ويؤدبه الحاكم إن أراد الاستمتاع بها قبل الكفارة، ويجوز كون المظاهر منها مع زوجها في بيت واحد إن أمن عليها منه وجاز له الدخول عليها فإن لم يؤمن لم يجز كونه معها بخلاف الرجعية فإنه لا يكون معها في بيت واحد ولو أمن، والفرق أن الرجعية قد حصل في نكاحها خلل بالطلاق والمظاهر منها ثابتة للعصمة صحيحة النكاح ونظر المظاهر

منها كالمحرم مع محرمه فيجوز له أن ينظر إلى الوجه والرأس والأطراف فقط بلا قصد لذة وعليها خدمة زوجها المظاهر قبل أن يكفر شرط الاستتار.

• ص:

ولغى تعليقه بالبتات وبغيره يعود بعودها.

• ش:

بالبتات متعلق بلغي، يعني: أنه إذا علق الظهار على حصول أمر كدخول دار مثلًا بأن قال لها: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي، ثم طلقها ثلاثًا أو ما يكمل الثلاث قبل دخولها الدار فإنه يلغى تعليقه للظهار وينحل عنه، فإذا تزوجها بعد زوج ودخلت الدار فلا ظهار عليه لذهاب العصمة المعلق فيها، وهذه عصمة أخرى، وأولى لو دخلت الدار قبل عودها له، هذا معنى قوله: ولغي تعليقه بالبتات، أي وسقط تعليق الظهار بالطلاق الثلاث قبل لزومه بحصول المعلق عليه، فإذا تزوجها بعد زوج ثم حصل المعلق عليه فلا يلزمه الظهار لأنها عادت إليه بعصمة جديدة.

أما لو تنجز الظهار ولزم بحصول المعلق عليه قبل انقطاع العصمة بأن دخلت الدار وهي في عصمته أو في عدة رجعي ثم طلقها ثلاثًا وعادت له بعد زوج لم يطأ حتى يكفر لأنه إذا تنجز لم يسقط بالطلاق الثلاث ولا بغيره فيعود عليه الظهار بعودها له بعد زوج أو قبله، وكذا إذا بانت منه بدون الثلاث قبل لزوم الظهار بحصول المعلق عليه ثم تزوجها فإنه يعود عليه الظهار بعودها للعصمة، فإذا دخلت الدار بعد عودها للعصمة لزمه الظهار فلا يقربها حتى يكفر.

وإلى ذلك أشار بقوله: وبغيره يعود بعودها، أي وإذا بانت منه بغير البتات قبل لزوم الظهار بحصول المعلق عليه أو بالبتات بعد لزوم الظهار فإنه يعود عليه الظهار بعودها له بعد زوج أو قبل ما بقي في العصمة الأولى شيء فتلزمه الكفارة قبل التمتع بها، فقوله: وبغيره أي غير تعليق البتات، وغير تعليق البتات هو ما لزم وتنجز بحصول المعلق عليه ودون الثلاث فغير تعليق البتات أمران، الأول: ما لزم، والثاني: ما دون الثلاث، ولهذا أشار «الش» بقوله: وبغيره أي دون الثلاث، أو ما لزم. اهـ.
فعلم بذلك أن الضمير في غيره عائد على ما ذكر من التعليق والبتات.

وفي تعبير «الش»: الغير لف ونشر مشوش، فقوله: دون الثلاث؛ محترز تعليق وتعبير يلغي البتات، وقوله: أو ما لزم؛ أي ما تنجز من الظهار محترز وتعبير أحسن من تعبير الأصل بسقط؛ لأن الظهار لم يلزم حتى يقال: سقط حكمه واعتباره أو سقط تعليق الظهار.

● ص:

وسقط إن تأخر عن البينونة وليس من ذلك، أنت حرام كأمي بل ظهار.

● ش:

فاعل سقط وتأخر ضمير يعود على الظهار، أي وسقط الظهار عن الزوج إذا تأخر عن البينونة كبرى أو صغرى لعدم وجود محله وهو العصمة، فإذا قال لها: أنت طالق ثلاثًا أو البتة وأنت عليَّ كظهر أمي سقط عنه الظهار، وكذا إذا تأخر عن الطلاق البائن وهو دون الثلاث، كقوله لغير المدخول بها: أنت طالق وأنت عليَّ كظهر أمي؛ لأن غير المدخول بها تبين بأول وقوع الطلاق عليها وتصير أجنبية فلا يجد الظهار محلًا، ومثلها المدخول بها إذا طلقها بائنًا دون الثلاث كقوله لها: خالعتك وأنت كظهر أمي.

وليس مما نحن فيه قول الزوج لزوجته: أنت حرام كأمي أو كظهر أمي بل هو ظهار، ولأن قوله: كأمي بين به وجه الحرمة، وكأنه قال: أنت حرام لأني مظاهر منك حيث شبهتك بأمي، نعم لو عطف فقال: أنت حرام وأنت كأمي لكان مما نحن فيه فيسقط عنه الظهار، فقوله: وليس من ذلك، أي ليس من اجتماع البينونة والظهار الذي يسقط فيه الظهار لتأخره، ومعنى سقوط الظهار في «المص» عدم لزومه ابتداءً لعدم وجود محله.

● ص:

لا إن تقدم أو تصاحبا كـ: إن تزوجتك فأنت طالق وكظهر أمي.

● ش:

يعني: أنه إذا تقدم الظهار عن الطلاق في اللفظ فإنه لا يسقط فإذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي وأنت طالق ثلاثًا تعلق به الظهار فلا يسقط عنه، فإذا تزوجها بعد

زوج فلا يقربها حتى يكفر عن ظهاره، وكذا لا يسقط عنه الظهار إذا تصاحب مع الطلاق في الوقوع لا في اللفظ لتعذره، نحو: إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثًا وأنت عليَّ كظهر أمي، أو عكسه بالأولى، فيلزم الأمران فتطلق عليه ثلاثًا بمجرد العقد وإن تزوجها بعد زوج فلا يقربها حتى يُكَفِّر، وإنما لزمه الأمران لأن أجزاء المشروط تبع بعضها مع بعض ولا ترتيب بينها في الوقوع، وسواء وقع هذا التعليق في مجلس أو مجلسين.

وبعبارة: المراد بالتقدم اللفظي لا الزماني ولا المكاني ولا الترتيب، والمراد بالتصاحب التصاحب في الوقوع لا في اللفظ، إما بناء على أن المعلق والمعلق عليه يقعان معًا والمعلق مجموعهما فيشتركان في الوقوع، وإذا وقعا معًا وجد الظهار له محلًا، أو الواو لا ترتب، أو أن وقوع أحدهما دون الآخر ترجيح دون مرجح.

وإذا عطف بحرف مرتب كثم والفاء كما إذا قال لها: إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثًا ثم أنت عليَّ كظهر أمي، ففي ذلك خلاف، فقيل: لا يلزمه الظهار نظرًا لصيغة الترتيب، فلم يجد الظهار محلًا، وقيل: يقعان معًا لأن التعليق يخرجها عن الترتيب لأن المعلق بجميع أجزائه يقع مع المعلق عليه في آن واحد، فالترتيب ملاحظ قبل التعليق، ثم علق المجموع، وهذا كما يقال: العطف ملاحظ قبل الإخبار.

● **ص:**

وقوله لأجنبية: هي أمي: ظهار إن عرض نكاحها.

● **ش:**

يعني: أن الإنسان إذا عرض عليه نكاح امرأة أجنبية فقال عند ذلك: هي أمي فإنه يلزمه الظهار، فإذا تزوجها فلا يمسها حتى يكفر لأن قوله ذلك قرينة على إرادة التعليق فكأنه قال: إن فعلت فهي أمي، فإذا تزوجها كان مظاهرًا إلا لقرينة تدل على غير الظهار كما سبق، فإذا قصد بقوله: هي أي وصفها بالكبر أو الكرامة أو الإهانة فلا يلزمه شيء، وإن قال لامرأة لم يعرض عليه نكاحها: أنت عليَّ كظهر أمي مع قوله: والله لا أطؤك ثم تزوجها فإنه لا يلزمه الظهار ويلزمه الإيلاء كما في التبصرة، قاله «خ».

● **ص:**

وإنما تصح بعد العزم على الوطء وتتحتم بالوطء.

● **ش:**

يعني أن كفارة الظهار لا يصح إخراجها إلا بعد العود وهو العزم على الوطء؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ...﴾ [المجادلة:٣] الآية، فمن أخرجها قبل العود فقد أخرجها قبل وجوبها وتوجه الطلب بها فلا تصح منه، وعلم من قوله: وإنما تصح بعد العزم أنها تجب بالعزم وجوبًا موسعًا بحيث تسقط بالموت أو الطلاق قبل الوطء ولا تتحتم بحيث لا تقبل السقوط إلا بالوطء، فإذا وطء المظاهر منها ولو ناسيًا تحتمت عليه الكفارة سواء بقيت امرأة في عصمته أو طلقها، وسواء قامت بحقها في الوطء أو لأنها صارت حقًّا لله تعالى، والعزم على الوطء هو معنى العود في الآية، وقيل: هو العزم مع نية إمساكها في عصمته، أي لا يفارقها على الفور، أي يمسكها مدة لا يفهم منها الفراق فورًا وليس مرادهم بالإمساك أبدًا بل مدة ولو أقل من سنة، والمعتمد الأول.

قال «خ»: العود عند مالك في الآية على حقيقته، أي ثم يعودون لنقيض ما قالوا، أي قولهم، وقولهم التحريم، ونقيضه التحليل، أي بالعزم على الوطء أو مع الإمساك.

وبعبارة: تجب الكفارة وجوبًا موسعًا بالعود وهو العزم على وطئها، فإذا طلقها أو ماتت قبل العزم سقطت عنه، وكذا تسقط بالموت أو الطلاق بعد العزم، وقيل الوطء كما يأتي، ولا يجزئ إخراجها قبل العزم وتتقرر وتتحتم بالوطء ولو ناسيًا فلا تسقط بموت أو طلاق وتخرج من تركته.

● **ص:**

وسقطت بالموت قبله وليس له إن كفر عنها نقله للحية.

● **ش:**

هذا مرتب على قوله: وتتحتم بالوطء، فالأنسب تعريفه عليه بالفاء، وضمير قبله للوطء، وضمير نقله للتكفير المفهوم من الفعل قبله، أي وإذا كانت الكفارة لا

تتحتم بالوطء فتسقط بموتها أو موته قبلها، فإذا ماتت هي أو هو قبل أن يطأها سقطت الكفارة في حياتها ثم ماتت فليس له نقل كفارتها لزوجته الأخرىٰ ولو وطئ فلا تسقط عنه بحال، وإذا كفر عن زوجته ولو عزم على الوطء قبل الموت لأنها لم تتحتم عليه بخلاف ما لو الحية التي ظاهر منها لعدم نية الكفارة عن الحية وقت الإخراج.

ثم شبه في إسقاطها قبل الوطء قوله:

● ص:

كالبينونة إلا أن يراجعها.

● ش:

يعني: أنه إذا ظاهر من زوجته ثم أبانها من عصمته قبل الوطء ولو دون الغاية فإنها تسقط عنه الكفارة بمعنىٰ أنه لا يخاطب بها ما دام لم يراجعها، فإن راجعها لم يمسها حتىٰ يكفر، فليس المراد بسقوطها عدم المطالبة بها وإن عادت لعصمته، وإنما المراد لا يخاطب بها قبل عودها للعصمة فإن عادت لعصمته فلا يقربها حتىٰ يكفر كما أشار لذلك بقوله: إلا أن يراجعها، وخرج بالبينونة الرجعية، فإذا طلق المظاهر منها طلاقًا رجعيًا فلا تسقط عنه الكفارة بل يستمر الخطاب بها ما دامت في العدة.

وبعبارة: تسقط الكفارة المرتبة على العود إذا عزم عليه ولم يطأ حتىٰ طلقت بائنًا أو ماتت فإذا راجعها فكما سبق، وأما الرجعية فلا تسقط كفارتها حتىٰ تخرج من العدة.

● ص:

ولا تجري إن وقع بعضها بعد البينونة.

● ش:

يعني: أن المظاهر إذا عزم على الوطء ولم يطأ وشرع في الكفارة بالإطعام ثم إنه قبل تمام الكفارة طلقها طلاقًا بائنًا أو رجعيًا وانقضت العدة ثم أكمل الكفارة بعد الطلاق أو العدة فإن هذه الكفارة التي فعل بعضها بعد الطلاق أو العدة لا تجزئه

على الراجح، فإذا تزوجها فلا يطأها حتى يكفر، وقيل: إنها تجزئه فإذا تزوجها وطئها بلا تكفير، وأما المطلقة رجعيًا ولم تقض عدتها إذا أتم كفارتها في عدتها فتجزئه اتفاقا إذا نوى رجعتها وعزم على الوطء، فإذا لم ينوها كانت كالبائن يجري فيها الخلاف، فعلم بذلك أن محل القولين في البائن والرجعي الذي انقضت عدته والتي لم تنقض حيث لم ينو ارتجاعها، وأما إذا نواه وعزم على الوطء أجزأ اتفاقًا لأن الرجعية زوجة، وأما التكفير بالصيام فلا يجزئ اتفاقًا إن وقع بعضه بعد البينونة، وقيل: يجري فيه الخلاف أيضًا.

والحاصل: أنه لا يبني على الصوم اتفاقًا على ما في «دك» و«دص» واختلف هل يبني على الإطعام أو لا؟ على أربعة أقوال، فقيل: لا يكفي مطلقًا، وقيل: يكفي مطلقًا، وقيل: إن أتمه بعد تزويجها كفى وإن أتمه قبله لا يكفي، وقيل: ينظر لما أخرجه ابتداء فإن كان الأكثر صح البناء، وإلا فلا.

فعلم مما سبق أن محل الخلاف إذا فعل بعضها وهي في العصمة، أما لو استأنفها بعد الطلاق فلا يجزئ اتفاقًا.

ثم شرع في ذكر الكفارة وهي ثلاثة أنواع على الترتيب كما هو صريح القرآن، فقال:

● ص:

وهي إعتاق رقبة.

● ش:

يعني: أن كفارة الظهار ثلاثة أنواع مرتبة: إعتاق، ثم صيام، ثم إطعام، ولا مدخل للكسوة فيها على المذهب، فلهذا بدأ بالعتق، فالضمير في قوله: وهي؛ يرجع للكفارة، أي أحد أنواعها إعتاق رقبة، فإعتاق خبر لمبتدأ محذوف، والجملة خبر المبتدأ وهو: وهي، أو إن هي على حذف مضاف، فأصله: أحد أنواعها إعتاق رقبة، فحذف المضاف فانفصل المضاف إليه فجيء به ضميرًا منفصلًا، وإنما قلنا ذلك لأن الكفارة ليست نفس الإعتاق فقط لأنها جنس تحته ثلاثة أنواع، قاله «خ»، والأسهل أن تجعل إعتاق وما عطف عليه خبر المبتدأ، أعني: وهي، والعطف

ملاحظ قبل الإخبار، وعبر بإعتاق الذي هو مصدر الرباعي للإشارة إلى أنه لا بد من إيقاع العتق عليها فلا تجري بدونه كما إذا علق عتقه على دخول دار مثلًا ولو عبر بعتق الذي هو مصدر الثلاثي لفهم منه الإجزاء متى حصل عتق كان بإيقاع أو لا، وإضافته لرقبة من إضافة المصدر لمفعوله، أي إعتاق المظاهر حقيقة أو حكمًا رقبة ذكرًا أو أنثى، وإنما قلنا: أو حكمًا؛ ليدخل عتق الغير عنه كما يأتي.

وفهم من قوله: رقبة؛ أنها كاملة فلا يجزئ بعضها كما إذا عتق ثلاثًا عن أربع وأبهم، وكذا لو أعتق اثنين عن ثلاث أو واحد عن اثنين فلا يجزئ، بل لو قصد التشريك في كل رقبة، وإن أربعًا عن أربع لم يجزئه بخلاف ما لو قصد أن لكل ظهار رقبة أو أطلق فيجزئ.

قال ابن عرفة: وصرف عدد كفارة لمثله من ظهار مجزء ولو دون تعيين إن لم يقتض شركة في رقبة.

ويشترط في الرقبة الإسلام حقيقة أو حكمًا أخذًا من قوله:

● ص:

لا يجزئ كتابي بلغ، وأجزأ الصغير على الأصح، وفي المجوسي مطلقًا خلاف.

● ش:

يعني: أنه يشترط في الرقبة الإيمان لأن الله تعالى وصف الرقبة في كفارة القتل بالإيمان وأطلقها في كفارة الظهار والمطلق يحمل على المقيد ولأن المقصود بها القربة والكفر ينافيها والإيمان متفق عليه في رقبة الظهار وفي كل رقبة واجبة، فإن لم تكن مؤمنة بل كافرة ففيها تفصيل لأن الكافر إما كتابي أو مجوسي، وفي كلٍّ إما أن يكون صغيرًا أو كبيرًا، فالصور أربع، أما الكتابي البالغ فلا يجزئ عتقه عن الظهار لأنه على دين يقر عليه فلا يجزء على الإسلام، وأما الكتابي الصغير فيجزئ على القول الأصح لعجزه عن الإسلام مع صغره فشأنه الإيمان، وأما المجوسي مطلقًا كبيرًا أو صغيرًا ففيه خلاف فقيل: يجزئ عتقه عن الظهار، وقيل: لا يجزئ، وقيل: يجزئ المجوسي الصغير قطعًا بلا خلاف لأنه مسلم حكمًا، والمراد بالصغير من لا يعقل دينه، والمراد بالمجوسي كل كافر ليس بكتابي.

وإذا أعتق عن ظهاره مجوسيًا مطلقًا أو كتابيًا صغيرًا فهل يوقف عن الزوجة ويمنع منها حتى يسلم احتياطًا في الفروج، فإن مات قبل الإسلام لم يجزئه، أو لا يوقف عنها لأنه يجبر على الإسلام ولا يأباه غالبًا، فيحمل على الغالب فكأنه مسلم؟ في ذلك قولان.

● ص:

ولا جنين وعتق بعد وضعه، ولا آبق إلا أن تظهر حياته.

● ش:

عطف على كتابي، أي ولا يجزئ في كفارة الظهارة وعتق الجنين الذي في بطن أمه لأنه حين العتق لم يكن رقبة، وإذا وقع ذلك فإنه يعتق بعد وضعه بعتقه السابق لتشوف الشارع للحرية، نعم إذا تبين أن العتق بعد وضعه أجزأ عن الظهار كما يفيده «حش».

وبعبارة: المراد بالرقبة المحققة والجنين ليس رقبة محققة، وجملة: وعتق بعد وضعه؛ مستأنفة استئنافًا بيانيًا لبيان الحكم وهي جواب عن سؤال مقدر كأن قائلًا قال له: ما حكم الجنين إذا عتق عن الظهار ولم يجز فقال: وعتق بعد وضعه، أي نفذ فيه العتق السابق لا أنه يحتاج إلى استئناف عتق الآن.

وكذا لا يجزئ عن الظهار عتق العبد الآبق لأنه ليس برقبة محققة إذ لا يعلم حياته من موته ولا سلامته من عيبه، فإذا وقع وأعتقه وظهرت سلامته حين العتق أجزأ كما أشار لذلك بقوله: إلا أن تظهر حياته، أي لا يجزئ إلا أن تظهر حياته وسلامته من العيوب حين العتق، فيجزئ لأنه يسمى رقبة حينئذ بخلاف الجنين الذي ولد بعد عتقه فلا يجزئ لأنه لا يسمى رقبة كما مر، إلا إذا تبين أنه عتق بعد الولادة فيجزئ كما مر أيضًا.

وبعبارة: إذا كان عبد آبق أو غائب في تجارة أو نحو ذلك وانقطع خبره عنك فلا يجزئك أن تعتقه عن ظهارك إذ لا يعلم حياته ولا سلامته من العيوب فلو كشف الغيب عن سلامته أجزأ.

ثم عطف على ما لا يجزئ أيضًا قوله:

● ص:

ولا مقطوع إصبع وأذنين وأعمى وأبكم ومجنون ولو مرة في الشهر ومشرف وأصم وهرم وأجزم وأبرص وذو عرج كثر وفالج.

● ش:

هذا شروع في ذكر العيوب التي لا يجزئ معها العتق عن الظهار، يعني: أنه لا يجزئ في كفارة الظهار عتق مقطوع أصبع واحد ولو بآفة، وأولى قطع يد أو رجل أو شللها.

وبعبارة: شرط الرقبة التي يجزئ في الظهار أن تكون سالمة من العيوب الآتية التي منها قطع أصبع واحدة ولو خضراء، والمراد بالقطع الذهاب ولو خلقة، والمراد الأصبع من الأصابع الأصلية لا الزائدة، ومفهوم أصبع أن ما دونها لا يمنع الإجزاء ولو أنملتين وبعض أنملة على المعول عليه كما يفيده كلام الحطاب، فإنه قال: انظر ما إذا ذهب أنملتان، والأظهر للإجزاء لأن الخلاف في الأصبع.

وكذا يجزئ في الظهار عتق مقطوع الأذنين ولو لم يستأصلهما، فالمراد قطع أشراف الأذنين لا قطعهما من أصلهما، وأما قطع أذن واحدة فلا يضر كما يأتي، وقيل: إن عمها القطع لا يجزئ.

وكذا لا يجزئ عتق عبد أعمى عن ظهاره، وكذا من له غشاوة لا يبصر معها إلا بعسر، وأما خفيفه وأعشى وأجهر فيجزئ، وسيأتي أنه يجزئ الأعور.

وكذا لا يجوز عتق أبكم سواء كان مع ذلك أصم أو لا، والبكم عدم النطق.

وكذا لا يجزئ مجنون ولو قل جنونه كمرة في الشهر، وأولى إذا كان يجن في الشهر أكثر من مرة.

وكذا لا يجزئ مشرف على الموت بسبب المرض بأن بلغ صاحبه النزع وإلا جزئ.

وكذا لا يجزئ الأصم، والصمم عدم السماع أو ثقله، فلا يضر الخفيف.

وكذا لا يجزئ عتق شيخ هَرِم بكسر الراء إذا اشتد هرمه، بأن لا يمكن معه الكسب بصفة تليق بهرمه وكبر سنه لا إن خف، بخلاف الصغير فيجزئ عتقه لأنه

مرجوًا ومنافعه مستقبلة.

ويمنع الإجزاء دين على العبد يمنع تكسبه، قال «خ»: والدين المانع لسعيه لنفسه لصرفه في قضاء دينه يمنع الإجزاء لأنه عيب. «الش»: شيخنا في حاشية أبي الحسن: من أعتق صغيرًا وفانيًا لا يقدران على الكسب أنفق عليهما. اهـ. ومقتضاه أنهما إن قدروا ولو بالسؤال فلا يجب الإنفاق عليهما من بيت المال، وهو وجيه كما في «الش».

وكذا لا يجزئ أجزم وأبرص ولو قل الداء فيهما.

وكذا لا يجزئ عتق عبد ذي عرج كثير لا إن قل.

وكذا لا يجزئ ذو فالج وهو يصيب بعض الأعضاء كيد أو رجل أو يبس الشق، ويقال: فلْج بسكون اللام، وأما بالفتح فهو وصف الأسنان.

ولو اطلع المشتري على عيب بعد عتقه لا يجزئ به رجع بالإرش على البائع، واستعان به في رقبة، وأما أرش عيب لا يمنع الإجزاء فيفعل به ما شاء، وهذا معنى قول «الش»: ويستعين بأرشه بعد العتق ويصنع بأرش غير المانع ما شاء.

وأذنين عطف أصبع، وفالج عطف عرج.

● ص:

وعوض ومشترى للعتق ومن يعتق عليه وإن بتعليق، إلا إن اشتريته فهو حر عن ظهاري. فالظاهر الإجزاء.

● ش:

قوله: وعوض عطف على عرج، أي ولا يجزئ ذوي عوض، أي لا يجزئ عتق عبد ذي عوض يأخذه منه السيد ليعتقه عن ظهاره فإذا أعتقه السيد بشرط أن يكون له في ذمته مال قليل أو كثير فإن ذلك لا يصح ولا يجزئه عن ظهاره لأن شرط الرقبة أن يكون عتقها خالصًا للظهار سالمًا عن شوائب العوضية، وأما إذا أعتقه بما في يده فيجوز لأن له انتزاعه كذا قال «تت» وغيره، وقد يقال: إنه إذا أعتقه عليه لم يأخذه انتزاعًا بل معاوضة كالقطاعة التي هي أخت الكتابة ومعلوم أن أصل المذهب أن العبد يملك ويعاقد لكن يتوقف على الإجازة.

وكذا لا يجزئ عتق عبد مشترئ للعتق، أي بشرط أن يعتقه لأنها رقبة غير كاملة لأن البائع قد وضع من قيمتها لأجل العتق، ويشترط في الرقبة أن تكون محررة للظهار، أي يكون السبب في تحريرها هو إعتاقها له فلا يجزئ من يعتق عليه بقرابة كأخيه بل وإن كان يعتق عليه بتعليق كإن اشتريته فهو حر، وإنما لم يجز من يعتق عليه بالقرابة أو التعليق لأنه يعتق عليه بمجرد الشراء بسبب القرابة أو التعليق لا بسبب الظهار، فإذا أعتقه عن ظهاره غير عالم حين العتق فلا يجزئ، ويستثنى من التعليق ما إذا قال: إن اشتريته فهو حر عن ظهاري فإنه يجزئه على الظاهر من التأولين في الأصل لأنه ما عتق إلا عن الظهار ولا يعد قوله: عن ظهاري ندمًا، وقيل: لا يجزئه لأنه حر بنفس الشراء فيعد قوله: عن ظهاري ندمًا بعد قوله: إن اشتريته فهو حر، ومحل التأولين إذا تقدم منه قبل ذلك ظهار فإن لم يكن ظاهر قبل ذلك أجزأه اتفاقًا وكأنه قال: إن اشتريتك فأنت حر عن ظهاري إن وقع حين ونويت العود. وإن لم ينوه لم يعتق عليه. أفاده «خ».

● ص:

ولا ذو شائبة.

● ش:

أي: وكذا لا يجزئ عتق ما فيه شائبة من شوائب الحرية كالمكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق لأجل والمبعض لوجود الشائبة في الجميع، ومحل ذلك في المكاتب والمدبر إذا أعتقهما السيد، وأما إن اشترى واحد منهما وأعتقه عن ظهاره وقلنا بإمضاء البيع كما صرح به الأصل في باب التدبير فقيل: يجزئ عن ظهاره، وقيل: لا يجزئ، هذا معنى كلام «خ».

ثم شبه في عدم الإجزاء قوله:

● ص:

كأن أعتق نصفًا فكمل عليه.

● ش:

أي: وكذا لا يجزئ إذا أعتق عن ظهاره نصف فكمل عليه من عبد مشترك بينه

وبين الحاكم عتقه بتقويم حصة شريكه، أو غير مشترك وكمل عتقه عليه الحاكم أو أعتق النصف الباقي بلا حكم، وإن عن ظهاره فلا يجزنه أيضًا لأن شرط الإجزاء عتق الجميع دفعة واحدة.

وبعبارة: إذا أعتق نصف عبد مشترك بينه وبين آخر فقومه عليه الحاكم فإنه لا يجزئه وكذا لو كان العبد كله له فأعتق نصفه أولًا عن ظهاره ثم أعتق نصفه الآخر أيضًا ولو عن ظهاره فإنه لا يجزئه.

تنبيه:

إذا أعتق عن واحدة من زوجتيه المظاهر منها ونسيهما كفر عن الأخرى ومنع منهما حتى يكفر عن الأخرى.

ولما تكلم على ما لا يجزئ في الظهار شرع يتكلم على ما لا يجزئ فيه مما توهم فيه عدم الإجزاء، فقال:

● **ص:**

ويجزئ أعور ومغصوب كجانٍ ومرهون فكا، ومقطوع أذن وأنف ودون أصبع وذو مرض وعرج خفا وعتق الغير إن رضيه.

● **ش:**

يعني: أن من أعتق عن ظهاره عبدًا أعور أو أمة كذلك فإنه يجزئه على المشهور لأن العين الواحدة تقوم مقام الاثنتين ويرى بها ما يرى بهما وديتها دية العينين جميعًا ألف دينار، والخلاف في الأنفر الذي خرت عينه، وأما غيره فيجزئ باتفاق، والظاهر إجزاء عتق من فقد من كل عين بعض نظرها. قاله «خ».

وكذا يجزئ في الظهار عتق عبده المغصوب لأنه باق على ملكه وإن لم يقدر على تخليصه من الغاصب.

وكذا يجزئ عتق عبد جان أو مرهون لبقاء كل على ملك صاحبه لكن يشترط في جواز العتق ابتداء أن يفك الجاني من يد المجني عليه برفع الأرش أو بإسقاط المجني عليه حقه من الجناية وأن يفك المرهون من يد المرتهن بدفع الدين له أو بإسقاط حقه من الدين، فإن لم يفكا لم يجزأ ابتداء كما في «خ»، ففكاكهما شرط في

الجواز ابتداء، وفي «دك» أن ذلك شرط في الإجزاء كما يفيده النقل، وهذا هو الظاهر من كلام «المص» فقوله: كجان... إلخ شبه بما قبله في الإجزاء وفصله بالكاف ليرجع قيد الفكاك لما بعدها فقط، وأما المغصوب فلا يقيد بالخلاص من الغاصب كما مر.

وكذا يجزئ مقطوع أذن واحدة أو أنف حيث لم يوعبها، وقيل: يجزئ ولو قطعت من أصلها، وقوله: مقطوع أذن؛ تفسير لقول الأصل: وجدع في أذن، والجدع بالدال المهملة القطع، والمجدوع المقطوع الأذن أو الأنف.

وكذا يجزئ مقطوع ما دون أصبع ولو أنملتين وبعض أنملة، فالعبرة بمفهوم أصبع كما مر فقطع الأنملة الواحدة لا يضر ولو من إبهام.

وكذا يجزئ عتق عبد ذي مرض أو عرج أي خفا، أي المرض والعرج، وإلا فلا يجزئ.

وكذا لا يجزئ في كفارة الظهارة عتق الغير عنه ولو لم يأذن له المظاهر بشرطين:

الأول: أن يرضى المظاهر بعتقه عنه حين يبلغه الخبر ولو بعد العتق والأذن بعد رضى فإذا أذن له فقد رضي فعله.

الثاني: أن يكون المظاهر قد عاد قبل العتق بأن وطئ أو عزم عليه ولم يذكر «المص» هذا الشرط لأن العود شرط في كل كفارة سواء كانت عتقًا أو غيره ولا يعد من شروط الشيء إلا ما كان خاصًا به فإنه لم يرض بالعتق أو لم يحصل منه عود فإن ذلك لا يجزئه إلا أن يكون عن ميت فالعود كاف لتعذر الرضى منه.

● **ص:**

وكره الخصي والمجبوب وندب المميز.

● **ش:**

أي: وكره عتق العبد الخصي والمجبوب مع الإجزاء واغتفر نقصهما لزيادة منفعتهما، والخصي مقطوع الذكر أو الأنثيين، والمجبوب مقطوع الثلاث.

ويستحب عتق المميز وهو الذي يعرف الإسلام ويعقل القرب ولو لم يبلغ حد الاحتلام لأنه حينئذ يقدر على الكسب والعمل، وقيل: لأنه يكون حينئذ مسلمًا

حقيقة، وأما قبل التمييز فمسلم بإسلام أبيه.

وقوله: وندب المميز، فسر به قول الأصل: وندب أن يصلي ويصوم، أي يندب عتق من يعقل ذلك، أي يعقل ثواب فعلهما وعقاب تركهما، وإن لم يبلغ سن من يؤمر بالصلاة.

النوع الثاني من أنواع الكفارة: الصيام، وإليه أشار بـ«ثم» المقتضية للترتيب.

• ص:

ثم إن عجز ولو بما لا يباع على المفلس أو أمة ظاهر منها صيام شهرين وإن تكلف العتق مضى.

• ش:

ثم حرف عطف على قوله: إعتاق، والمعطوف بها قوله: صيام، وكذا قوله الآتي: ثم تمليك، أي أن الكفارة ثلاثة أنواع، الأول: إعتاق، والثاني: صوم شهرين متتابعين إن عجز عن الرقبة، أو ما يحصلها به وقت الأداء، أي الإخراج للكفارة؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة:٤].

وقوله: ولو بما لا يباع على المفلس؛ مبالغة في القدرة التي في ضمن العجز، فإن معناه لم يقدر؛ يعني: أنه إذا انتفت قدرته على تحصيل الرقبة ولو بشيء لا يباع على المفلس كمسكن لا فضل فيه، فإنه يكفر بالصوم، وأولى إذا كان عنده ما يباع على المفلس، فالقادر عليها أو على ما يشتريها به ولو احتاج له النصب أو مرض أو تسكين دار لا يملك غيرها ولا فضل فيها، أو كان ما عنده كتب فقه أو حديث أو دابة لركوب يلزمه العتق ولا يجزئه الصوم ولا يعذر بالاحتياج، وإنما يباع عليه ما لا يباع على المفلس، ولم يجعل كالمدين تشديدًا عليه حيث ارتكب منكرًا من القول وزورًا فليس كالدين الذي قال الله فيه: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة:٢٨٠].

والحاصل: أنه إذا قدر على الرقبة ولو بما لا يباع على المفلس من الأمتعة والصغار فإنه يجب عليه العتق ولا يجزئه الصوم، وإن عجز ولو بما ذكر انتقل للصوم.

وقوله: أو أمة ظاهر منها؛ في حيز المبالغة، أي أنه إذا عجز عن العتق فلم يقدر

عليه ولو بأمة ظاهر منها فيصوم فإن قدر عليه بملك أمة ظاهر منها بحيث اتحد محل الظهار وتعلق الكفارة فإنه يعتقها عند ظهاره منها ولا ينتقل للصوم فإذا تزوجها بعد العتق حلت له بلا كفارة.

وبعبارة: إذاً ظاهر من أمته وهو لا يملك غيرها وقد لزمته كفارة الظهار منها فإنه لا يجزئه الصوم ويلزمه أن يعتقها عن ظهاره لها فيكفر بها عنها.

فإن قلت: قد تقدم أن الكفارة لا تجزئ قبل العود والعود هو العزم على الوطء، ووطء هذه قبل الكفارة ممتنع وبعد الكفارة بها خرجت عن ملكه فيمتنع وطؤها أيضًا، يجاب: بأنه يعزم عليه وإن كان حرامًا لأن العزم على الحرام حرام، قيل لأبي عمران: كيف أجزأه عتقها وهو يحرم عليه وطؤها؟ قال: نية عوده الوطء توجب كفارته وإنما يضعف هذا من لا يعلم ما للسلف. اهـ.

قال «الش»: وفي «بن» عن ابن عرفة: العزم على الوطء يقتضي الملك حاله وهو سابق على التكفير المقتضي عدمه لأنه شرطه، وشرط التناقض اتحاد الزمن. فليتأمل. اهـ.

وقوله: يقتضي الملك حاله؛ أي حال العزم بدليل ما بعده، وقوله: وهو سابق على التكفير؛ جملة حالية، أي والحال أن العزم على الوطء سابق على التكفير المقتضي عدمه والمقتضي صفة للتكفير والضمير في عدمه للملك، أي المقتضي عدم الملك، وقوله: لأنه علة لسبق العزم على التكفير وضمير أنه للعزم وضمير شرطه للتكفيره، أو إنما كان العزم على الوطء سابقًا على التكفير لأنه شرطه، والشرط مقدم على المشروط، وقوله: وشرط التناقض اتحاد الزمن؛ مرتب على محذوف، أي وحينئذٍ فلا تناقض في قولهم يكفر بها عنها لأن شرط التناقض اتحاد الزمن وزمن العزم على الوطء الذي يقتضي الملك سابق على زمن التكفير الذي يقتضي عدم الملك، هكذا ينبغي فهم كلام ابن عرفة.

وحاصل القول في ذلك: أنهم قالوا: إذا ظاهر من أمته يجوز له عتقها عن ظهاره منها فأوردوا عليه أن شرط التكفير العزم على الوطء، والوطء هنا لا ينافي العزم عليه لأنها تحرم عليه فلزمه على تكفيره بها تناقض لأن العزم على الوطء يقتضي الملك

والتكفير يقتضي عدم الملك لأنها تخرج حرة وبين الأمرين تناقض، أجاب «الش» تبعًا للقاني بأن العزم على الوطء يتأتى ولو بنكاح بعد العتق.

وحاصل الجواب: أن حل الوطء لا يتوقف على خصوص الملك لحصوله بعقد النكاح، وأجاب ابن عرفة بأن العزم على الوطء يقتضي الملك حالة العزم لكنه في زمن سابق على التكفير الذي يقضي عدم الملك فالعزم على الوطء المقتضي للملك في زمن والتكفير الرافع للملك في زمن آخر، وحينئذٍ فلا تناقض لأن شرط التناقض اتحاد الزمن ويرد على ابن عرفة أنه إنما يتم جوابه لو كان الوطء المعزوم عليه قبل وليس كذلك فإن الوطء قبل التكفير حرام، فلا محالة من أن الوطء المعزوم عليه إنما يكون بعد التكفير فيتوقف على ملكها بعد التكفير والتكفير بها يلغي ملكها فتناقض، فأشار «الش» آخر العبارة بالتأمل إلى أن جواب ابن عرفة غير سديد والمعول عليه الجواب الأول وهو أن حل الوطء لا يتوقف على خصوص الملك لحصوله بعقد النكاح، هذا حاصل ما في المقام، ونسأل الله حسن الختام.

• ص:

وأن تكلف العتق مضى.

• ش:

يعني: أن المعسر الذي يجب عليه الصوم إذا تكلف العتق بأن تداين الثمن أو الرقيق أو اشتراه بثمن مؤجل فإنه يمضي عتقه ويجزئه عن الكفارة، وإن كان قد يحرم عليه ذلك كدين لا يقدر على أدائه ولم يخبر المعرض بذلك، وقد يكره كما إذا كان سؤال لأن السؤال مكروه ولو كان عادته السؤال ويعطي ونظير ما ذكره «المص» من فرضه التيمم فتكلف الوضوء والغسل، أو فرضه الجلوس في الصلاة فتكلف القيام فيها.

• ص:

وعول على الهلال إن صامه كله.

• ش:

يعني: أنه إذا صام الشهر كله بأن ابتدأ من أوله وأتمه فإنه يعول في ذلك على

الـهلال سواء جاء كاملًا أو نـاقصًا وألا يصمه كله بـأن صام أثناء الـشهر أو صامه من أوله وحصل له فـيه عذر كـمرض فلا بـد من إكـماله ثلاثـين يومًا ولو كـان ناقـصًا بالهلال، والضمير في صامه وكله للهلال بمعنى الشهر الصادق بالشهرين.

وبعبارة: إذا ابتـدأ الصوم من أول يـوم في الشهـر فإنه يـصوم الشهـرين بالهلال كاملين أو ناقصين، وأما إن ابتـدأ الصوم في أثناء الشهر فـإنه يصوم بقية ذلك الشهر الذي ابـتدأ فيه الصوم ويصوم الشهر الـذي بعده بالهلال ثم يكمل الأول المنكر من الشهر الثالث، فلـو صام من المحرم عشـرة أيام مثلًا فإنه يصـوم صفر بالهلال سواء كان كامـلًا أو ناقصًا ثم يكمل من ربيع الأول ما بـقي من المحرم، وكذا لو مرض في صفر يتمه ثلاثين ولـو مرض في الأول ثم صح ثم مرض في الـثاني ثم صح كملهما ثلاثين، وسواء في ذلك الحر والعبد.

ولا بد في الصوم من نـية التتابع ونية الكفارة عن الظهار، وتكفي نية ذلك في أول ليلة من الشهرين، وكذا كل كفارة واجبـة سواء كانت صومًا أو غيره لا بد فيها من نية التكفير كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

وافتقرت الكفارة مطلقًا لنية.

● ش:

معنى الإطلاق أنه لا فرق بـين كفارة الصوم والعتق والإطعام، فـالكفارة بأنواعها الثلاثة تفتقر للنية ولا خصوص للصوم بذلك كما يوهمه الأصل.

● ص:

وتعين لمن التزم عتق من يملك مدة وطولب بالغيبة قبلها.

● ش:

فاعل تعين ضمـير يعود على الصـوم، وقوله: لمن التـزم، أي ولو بعد الـظهار كما ارتضـاه «بن»، وقوله: مدة، أي يبلغها عمـره ظاهر كعشر سنين مـثلًا، والمراد بالغيبة هنا كفارة الظهار.

والمعنى: أن من التزم عتق جميع من يملكه من الرقيق في مدة معينة بأن قال قبل

الظهار أو بعده: كل رقيق أملكه في مدة كذا فهو حر فطولب بالغيبة قبل مضي تلك المدة التي التزم فيها عتق كل من يملكه فإنه يتعين عليه التكفير بالصوم لا العتق ولا الإطعام، وإنما تعين في حقه الصوم لأنه لا يقع عتقه في المدة المذكورة عن الظهار بل عن اليمين، وقد علمت أن من شروط الرقبة أن تكون محررة للظهار، وأما الإطعام فمرتبته بعد الصوم فلا يجوز الانتقال إليه مع إمكان الصوم.

ومفهوم قوله: طولب بالغيبة، أي الكفارة قبل المدة أنه لو لم يطالب بها لم يكفر بالصوم بل يصير إلى تمام المدة ليكفر بالعتق.

وبعبارة: وتعين الصوم في حق من ظاهر من زوجته وقد التزم قبل الظهار أو بعده عتق من يملكه مدة وهو موسر وقامت عليه زوجته وطالبته بالكفارة قبل المدة وإنما تعين الصوم لما سبق.

● **ص:**

وصح عتق الغير عنه بلا علمه ثم يرضاه.

● **ش:**

هذا تقييده لقوله: وتعين... إلخ؛ أي أن محل تعين الصوم وعدم صحة العتق إذا أعتق عن نفسه، أما إذا أعتق عنه غيره بلا علم منه ثم رضي بعتق الغير عنه قبل مضي المدة التي التزمها فإنه يصح عتق الغير عنه، أما إذا علم بعتق الغير عنه يصير كمن أعتق عن نفسه فلا يصح عتقه.

● **ص:**

ولذي الرق.

● **ش:**

عطف على الجار والمجرور السابق وهو قوله: لمن التزم، أي وكذا يتعين الصوم في كفارة الظهار وغيرها لمن فيه بقية رق ولو مكاتبًا إذا لم يأذن له السيد في الإطعام لأنه لم يملك ملكًا تامًا حتى يصح إطعامه بلا إذن، فإن أذن له فيه لم يتعين الصوم فإن عجز عن الصوم ولم يأذن له السيد في الإطعام أخر الصوم لزمن القدرة عليه، وأما العتق فلا يصح منه ولو أذن له سيده فيه إذ الرق لا يحرم غيره.

وبعبارة: وتعين الصوم لذي الرق، أي بالنظر للعتق، وإن اذن بخلاف الإطعام فيصح منه إن أذن له السيد فيه فهو يشبه الحصر الإضافي.

● ص:

وللسيد منعه إن أضر به وندب عدمه.

● ش:

يعني: أن العبد إذا أراد أن يكفر عن ظهاره بالصوم فللسيد أن يمنعه من ذلك إن أضر الصوم بالسيد في عمله من خراج أو كسب، ويندب له عدم منعه منه فإن لم يضر به صوم العبد في عمله فليس له المنع، وإذا منعه الصوم لإضراره به في عمله ضرب له أجل الإيلاء إذا لم ترض بالمقام معه بلا وطء.

● ص:

كصبره للصوم إن أذن له في الإطعام.

● ش:

يعني: أن العبد إذا منعه السيد من التكفير بالصوم وأذن له في الإطعام فإنه يندب له الصبر بلا تكفير إلى أن يقدر على التكفير بالصوم بأن يعتق أو يأذن له في سيده.

ثم شبه في ندب الصبر فقال:

● ص:

ككل عاجز يرجو القدرة، ولابن القاسم وجوب الصبر.

● ش:

يعني: أن كل عاجز عن التكفير بالصوم في الحال ويرجو القدرة عليه في الاستقبال يندب له الصبر عن التكفير بالإطعام إلى إمكان التكفير بالصوم، وقال ابن القاسم: يجب عليه الصبر إلى أن يكفر بالصوم حيث رجي القدرة في المستقبل على الصوم، ولا ينتقل عن الصوم للإطعام إلا إن أيس حين العود الذي يوجب الكفارة من قدرته على الصوم في المستقبل بأن كان المظاهر حينئذٍ مريضًا فغلب على ظنه عدم قدرته عليه كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

ولا ينتقل إلا إن أيس ولو لم يدخل في الصوم.

● ش:

يعني: أن المظاهر لا تنقل عن الصوم للإطعام إلا إذا أيس من قدرته على الصوم في المستقبل، هذا إذا دخل في الصوم بالفعل، وبل ولو لم يدخل فيه فلا بد من اليأس من القدرة على الصوم في المستقبل، ولا يكفي مجرد الشك سواء دخل في الصوم أو لا على الراجح مما في الأصل، ومقابل الراجح ينتقل إذا شك في القدرة ولم يلتبس بالصوم.

وبعبارة: اختلف شيوخ المذهب في المظاهر إذا أراد أن يكفر بالإطعام هل من شرط ذلك أن لا يطعم حتى ييئس من قدرته على الصوم حين العود بأن كان حينئذٍ مريضًا مثلًا وغلب على ظنه أنه لا يقدر على الصيام الآن ولا في المستقبل، ولا يكفي في ذلك مجرد الشك أو يكفي في الانتقال من الصوم إلى الإطعام مجرد الشك، ولا يشترط اليأس، والقولان في المدونة، والراجح أنه لا ينتقل إلا إذا أيس من القدرة عليه في المستقبل سواء دخل في الصوم أو لا.

● ص:

وإن أيسر في اليوم وجب الرجوع. وفي الرابع وجب التمادي، وندب الرجوع بينهما.

● ش:

يعني: أن المظاهر إذا شرع في الكفارة بالصوم لعجزه عن العتق إذا حصل له اليسار والقدرة على العتق لا يخلو حاله من ثلاثة أوجه لأنه إما أن يحصل له اليسار في اليوم الأول أو الرابع فما بعده، أو فيما بينهما، أي بين الأول والرابع وذلك في الثاني أو الثالث، فإن أيسر في اليوم الأول وجب له الرجوع للعتق ولو أتم اليوم ولم يشرع في الثاني، وإن أيسر في اليوم الرابع فما بعده وجب عليه التمادي على الصوم إلا أن يفسد صومه بمفسد من المفسدات ولو في آخر يوم منه فإنه يتعين عليه العتق.

قال «الش»: وظاهر أنه إذا فسد رجع للحكم ابتداء وقصد بذلك وجه حذف قول

الأصل: إلا أن يفسده، وإن أيسر في الثاني أو الثالث ولم يشرع في الرابع ندب له الرجوع للعتق، ثم إذا أيسر في أثناء يوم وجب إتمامه ولا يجوز له الفطر.

وقوله: وإن أيسر في اليوم وجب الرجوع؛ أفاد به أن يوم وجوب الرجوع للعتق وهو اليوم الأول هو وقت الأداء الذي يعتبر فيه اليسار والإعسار، فعلم منه أن المعتبر في الإعسار وضده هو وقت الأداء، فقوله: وإن أيسر في اليوم وجب الرجوع، يعني: عن تقييد الإعسار عن العتق بوقف الأداء، فبهذه العبارة استغنى «المص» عن أن يقول فيما مر: لمعسر وقت الأداء.

فإن قلت: ليس في كلامه نص على أصل الإعسار حتى يقيد بوقت الأداء، يجاب: بأن أصل الإعسار مأخوذ من ثم المقتضية للترتيب، وأما الأصل فذكر الإعسار توصلًا للوقت حيث قال: ثم لمعسر عنه وقت الأداء، هذا توضيح قول «الش»، وبهذا أي بوجوب الرجوع عند اليسار في اليوم الأول استغنيت عن قولي: لمعسر وقت الأداء، وأصل الإعسار مأخوذ من ثم والأصل ذكر توصلًا للوقت أي توصلًا لذكر وقت الأداء الذي يعتبر فيه الإعسار وعدمه، وقوله: مأخوذ من ثم، أي ثم السابقة في قول «المص» ثم إن عجز وعبر بالعجز دون الإعسار توصلًا للمبالغة فيما سبق.

● ص:

ووجب نيته تتابعه.

● ش:

يعني: أنه يجب على المظاهر نية تتابع صوم الظهار إذا كفر به بأن ينوي أنه لا يصومه متفرقًا.

ثم شرع في ذكر ما يقطع التتابع فقال:

● ص:

وانقطع بالتلذذ بالمظاهر منها ولو ليلاً ناسياً.

● ش:

يعني: أنه ينقطع تتابع الصوم بالتلذذ بالزوجة التي ظاهر منها سواء تلذذ منها

بوطء أو بمقدماته، وسواء فعل ذلك نهارًا أو ليلًا عمدًا أو نسيانًا أو جهلًا أو غلطًا بأن اعتقد أنها غيرها، وسواء فعل ذلك في أول الصوم أو في أثنائه، بل ولو في آخر يوم منه، فقوله: ولو ليلًا ناسيًا؛ مبالغة في انقطاع التتابع، أي فأولى نهارًا أو عامدًا، واحترز بقوله: منها عن وطء غير المظاهر منها ليلًا عمدًا فلا يضر، وكذا نهارًا ناسيًا كما يأتي، وإذا وطئ واحدة ممن تجزئ فيهن كفارة واحدة كما لو ظاهر من أربع في كلمة واحدة فإنه ينقطع تتابع صومه لأن الجميع في حكم الزوجة الواحدة سواء وطئ ليلًا أو نهارًا عمدًا أو جهلًا أو غلطًا أو نسيانًا، ومثل الوطء المقدمات، ومعنى انقطاع التتابع أنه يبطل الصوم من أصله ويبتدئه.

ثم شبه في انقطاع تتابع الصوم قوله:

• ص:

كبطلان الإطعام.

• ش:

يعني: أنه إذا تلذذ بالمظاهر منها بوطء أو مقدماته أو تلذذ بواحدة ممن تجري فيهن كفارة واحدة وكان ذلك التلذذ في أثناء الإطعام فإن ذلك يبطل إطعامه ولو لم يتبق معه إلا إطعام مسكين واحدة.

أما لو تلذذ بغير المظاهر منها ليلًا أو نهارًا ولو عمدًا في أثناء إطعامه فإن ذلك لا يبطل، وعبر بانقطاع في جانب الصوم لمناسبة وجوب تتابعه، وفي جانب الإطعام بالبطلان لعدم وجوبه فيه لا تفننًا في التعبير.

• ص:

ولفطر السفر أو مرض حركة لا إن لم يحركه.

• ش:

عطف على قوله: بالتلذذ، أي وانقطع تتابع الصوم أيضًا بالفطر في السفر لأنه اختياري.

يعني: أن المظاهر إذا كفر بالصوم ثم سافر في أثناء صومه سفرًا تقصر فيه الصلاة فأفطر فيه فإن ذلك يقطع تتابعه لأنه فعل ذلك باختياره فيستأنف الصوم من أوله،

والإضافة بمعنى في ـ كما قررنا ـ لأن المضاف إليه ظرف للمضاف، وكذا ينقطع التتابع أيضًا بسبب فطر مرض حركه الشخص على نفسه بسفر أو غيره مما علم أنه يحركه كما في «بن»، وقيل: متى حركه بسفره ولو توهمًا فإنه ينقطع تتابعه، وأما إن لم يحرك الشخص المرض، أي لم يحقق أنه هو الذي حركه بأن تحرك بنفسه فإنه لا ينقطع تتابعه بالفطر فيه ويبني على صومه إذا صح من مرضه.

والحاصل: أنه متى حرك المرض على نفسه بسبب سفر أو غيره كأكل شيء يعلم من عادته أنه يضره وأفطر فإنه ينقطع التتابع لا إن لم يحركه على نفسه فلا ينقطع التتابع، وفاعل حرك ضمير مستقر يعود على الشخص المظاهر، والضمير البارز مفعوله وهو عائد على المرض، وعبارة «المص» مفسرة لقول الأصل: أو بمرض هاجه لا إن لم يهجه، فمعنى هاجه حركه، ويهجه بفتح حرف المضارعة وضمه لأنه يقال هاجه وأهاجه.

تنبيه:

إذا أعتق رقبة أثناء وطء المظاهر منها فإنه يبطل صومه قياسًا على الإطعام بجامع مصاحبة المنافي في كل وإنما لم يضر الوطء قبل الكفارة لأنه محض عداء من توابع العداء الأول وهو الظهار الذي هو منكر من القول وزورًا، فاتت الكفارة عليهما بعد مضيهما، وأما الوطء في الأثناء فبالشروع في الكفارة صار عداء مستقلًا طوي على الكفارة فأفسدها. أفاده «حش».

ثم شبه في عدم القطع في كفارة الظهار عدمه في كفارة غيره من قتل وصوم ونذر متتابع بقوله:

● **ص:**

كحيض واكراه.

● **ش:**

قال «الش»: هذا تشبيه في عدم القطع وإن كان في غير محل الظهار كالقتل.

يعني: أن المراة إذا لزمها صوم يجب تتابعه ككفارة قتل أو صوم أو نذر ثم حصل لها حيض أو نفاس في أثناء الصوم فإن ذلك لا يبطل تتابع الصوم، بل تفطر وتبني،

وكذا لا ينقطع التتابع بالفطر إكراهًا عليه بل يبني المكره على ما فعل بعد زوال الإكراه.

ثم عطف على مدخول الكاف قوله:

● ص:

وظن غروب.

● ش:

يعني: أنه لا ينقطع التتابع في ظهار ولا غيره بالفطر ظن الغروب وإحدى إذا أفطر لظن بقاء الليل ومثله من صام تسعة وخمسين ثم أصبح مفطرًا لظنه الكمال، وأما لو أفطر شاكًا في الغروب فإنه كمن أفطر متعمدًا. قاله «خ».

وبعبارة: مثل ظن الغروب ظن كمال الشهر، قاله الأصل في توضيحه، ورده الحطاب بأن ابن رشد قال: النسيان الذي لا يقطع التتابع الفطر ناسيًا بعد تبييت نية الصوم، وأما تبييت نية الفطر نسيانًا فيقطع التتابع، فمثله تبيين الفطر لظن كمال الشهر. قاله «حش».

● ص:

ونسيان.

● ش:

أي: وكذا لا ينقطع التتابع في ظهار ولا غيره بالفطر ناسيًا لكونه في صيام وقضاء متصلًا بصيامه سواء فطر بأكل أو شرب أو وطء في غير المظاهر منها، وأما وطء المظاهر منها فقد مر أنه يبطل ولو ليلًا ناسيًا، وعدم انقطاع التتابع بالفطر نسيانًا هو الراجح مما في الأصل.

ثم فرع على ذلك قوله:

● ص:

فإن لم يدر محل يومين من كفارتين صامهما متصلين وقضى شهرين.

● ش:

يعني: أنه إذا صام أربعة أشهر عن كفارتي ظهار ثم تذكر قبل فراغه من ذلك أنه

أفطر في أثناء صوم يومين ناسيًا ولم يدر محلهما هل هما من الأولى أو من الثانية أو أولهما آخر الأولى وثانيهما أول الثانية، فإنه يصومهما الآن متصلين بصيامه لاحتمال كونهما من الثانية فلا ينتقل عنها حتى يتمها بناء على أن فطر النسيان لا يبطله ويلزمه أيضًا قضاء شهرين لاحتمال كونهما من الأولى أو متفرقين أحدهما آخر الأولى والثاني أول الثانية، وقد بطلت الأولى بفصل القضاء بالدخول في الثانية وقضاء الشهرين فقط مطلقًا، سواء كان يدري اجتماعهما أو افتراقهما أو لم يدر شيئًا.

وما في الأصل من إنه يصوم أربعة أشهر إن لم يدر اجتماعهما مبني على القول الضعيف وهو قطع التتابع بالفطر نسيانًا أي فيحتمل أن اليومين اللذين أفطرهما نسيانًا من كل كفارة يوم فبطل تتابعهما فقضاهما بأربعة.

قال «دك»: لا وجه لصيام اليومين مع قضاء الأربعة، وجوابه: أنه يحتمل أن اليومين من أول الثانية فلا ينتقل عنها حتى يتمها، وموضوع الكلام كلها أن حكم التتابع باقٍ لم يحصل ما ينافيه وإلا قضى الأربعة قطعًا.

تنبيه:

قوله: صامهما... إلخ، هو المشهور، وقال ابن الماجشون: يكفيه يوم واحد وشهران لأنه إن كان الترك من أحدهما فالشهران بدله، والذي لم يترك منه صحيح، وإن كان من كل يوم فقد جبرت الأخيرة بيوم متصل وقضى الأولى وهو مبني على اكتفاء نية الجبر مبهمة، والمشهور مبني على اعتبار التعيين فلا ينتقل عن الثانية حتى يتعين كمالها ويزيل الشك عنها بصيام اليومين بنية جبرها، ومتى صرف اليومين للثانية فقد تيقن كمالها فيقضي شهرين لتطرق الشك للأولى.

● **ص:**

ووجب وصل القضاء ولا يعذر فيه بالنسيان.

● **ش:**

يعني: أن من وجب عليه قضاء عن صومه لأجل فطره فيه لحيض أو نسيان أو إكراه أو ظن غروب أو بقاء ليل فإنه يجب عليه وصل القضاء بالصوم فإن فصله عنه

انقطع التتابع وابتدأ صومه من أوله سواء فعله عمدًا أو نسيانًا فلا يعذر في وصل القضاء بالنسيان، فإذا بيَّت الفطر ناسيًا القضاء انقطع تتابعه، وأما لو بيَّت الصوم قضاء فأفطر ناسيًا فلا يضر.

قال أبو الحسن: ولم يعذروه بالنسيان الثاني كما مر، فمن نسي شيئًا من مفروض الوضوء أو الغسل ثم تذكره فلم يغسل حين ذكره فإنه يبتدئ الطهارة نسي ذلك أو تعمده، بخلاف ناسي النجاسة ثم رآها قبل الصلاة ثم نسي غسلها حتى دخل فيها فلم يذكرها حتى صلى أجزأته صلاته لخفة إزالة النجاسة، إذ قيل باستحباب إزالتها بخلاف الموالاة، وتقدم ما يؤخذ منه اغتفار النسيان الثاني في الموالاة أيضًا فيمن صلى الخمس كلًا بوضوء ثم ذكر من وضوء منها شيئًا. اهـ «خ».

واعلم أنه يضر فصل القضاء إذا فصل بالفطر في زمان يجوز أداء الصوم فيه، وأما إذا فصل بالفطر فيما لا يجوز الأداء فيه كيوم العيد فإنه لا ينقطع التتابع ولو تعمد الفطر كما يفيده «خ».

وسيأتي لـ«المص» في ذلك تفصيل، والضمير المجرور بفي عائد على وصل القضاء، والكلام على حذف مضاف، أي لا يعذر في ترك وصل القضاء بالنسيان.

• ص:

وأبطل العيد التتابع إن تعمده وعلم أنه يقطع التتابع، وإلا فلا ولو لم يمسك فيه.

• ش:

العيد فاعل أبطل، والتتابع مفعوله، أن أتيان العيد في أثناء الصوم يبطل التتابع ويقطعه لكن بشرطين:

الأول: أن يتعمد العيد كما إذا صام ذا القعدة وذا الحجة لظهارة عالمًا بيوم الأضحى في كفارته، أما إذا جهل كون العيد يأت في أثناء صومه أو غفل عنه فصادفه في أثناء صومه فلا ينقطع تتابعه، وأما جهل صومه صوم العيد بأن اعتقد حله فلا ينفعه.

الثاني: أن يعلم أن العيد يقطع التتابع لا إن جهل ذلك فلا ينقطع تتابعه ولو تعمد العيد ولو لم يمسك فيه عن المفطرات على الراجح، وأولى إذا أمسك كما هو

المطلوب ويقضيه متصلًا بصيامه، فقوله: وإلا؛ مفهوم الشرطين وصرح به توصلًا للمبالغة بعده.

• ص:

وصام تالي النحر وأجزأ وهل يقطع فطرهما؟ خلاف.

• ش:

يعني: أنَّا إذا قلنا بعدم انقطاع التتابع بالعيد إن لم يتعمده أو لم يعلم بقطع التتابع فإنه يصوم تالي النحر وهما اليوم الثاني والثالث وأجزأه صومهما على الراجح فلا يقضيهما بل يقضي يوم العيد خاصة، فإذا خالف وأفطر فيهما عمدًا فهل يقطع فطرهما تتابعه أو لا؟ خلاف، وأما اليوم الرابع فيتعين صومه ويجزئه اتفاقًا فإن لم يصمه انقطع تتابعه.

• ص:

ورمضان كالعيد.

• ش:

يعني: أن رمضان إذا أتى في أثناء صوم الكفارة فإن حكمه حكم العيد فإذا تعمده وعلم أنه يقطع التتابع فإنه يقطعه ولا يجزئه سواء صامه عن ظهاره أو شرك فيه فرضه وظهاره، أما إذا جهله بأن ظن أن شعبان رجب ورمضان شعبان فإنه لا ينقطع التتابع ويبني بعد العيد متصلًا لأن الجهل عذر، وكذا إذا جهل أن رمضان يقطع التتابع فلا يضر.

بقي ما إذا أفطر في رمضان عمدًا هل ينقطع التتابع أو لا؟ الظاهر لا ينقطع لأن رمضان لا يقبل غيره فارتفع حكم الكفارة، وبقي حكم رمضان.

وأما لو تلذذ بالمظاهر منها في رمضان ذلك فالظاهر بطلان الكفارة لأن هذا معنى آخر يخص الكفارة لا تعلق له بصوم ولا إفطار بدليل أنه يضر ولو ليلًا، أفاده «حش».

ثم شرع في النوع الثالث من أنواع الكفارة وهو الإطعام وشرطه العجز عن الصيام لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة:٤]، فقال:

● **ص:**

ثم تملك ستين مسكينًا أحرارًا مسلمين لكلٍ مد وثلثان بمده ﷺ برًا، وإن اقتاتوا غيره فقدره بالشبع.

● **ش:**

يعني: أنه إذا عجز عن الصوم بكل وجه تحقيقًا لا شكًا على الراجح فإنه يملك؛ أي يعطي ستين مسكينًا أحرارًا مسلمين لكل منهم مد وثلثان بمده ﷺ، فمجموعهما مائة مد وهي خمسة وعشرون صاع، ويكون المد وثلثاه من البر ـ أي القمح ـ إن اقتاته أهل بلد المفكر، فلا يجزئ غيره من شعير أو ذرة أو غير ذلك، فإن اقتاتوا غيره مما يخرج في الفطر كشعير أو سلت أو ذرة، أو أرز أو دخن أو أقط فيدفع من ذلك بقدر المد وثلثه شبعًا لا كيلًا على الراجح خلافًا للباجي.

قال عياض: معنى عدل المد شبعًا أن يقال: إذا شبع الرجل من مد حنطة كم يشبعه من غيرها؟ فيقال: كذا، فيخرج ذلك سواء زاد عن مد هشام أو نقص، وكلام الباجي أوجه وإن كان ضعيفًا.

ولا يجزئ عرض ولا ثمن فيه وفاء القيمة، وخرجه بعضهم على إجزاء القيمة في الزكاة، وعدد آخذيه، وإن أعطى الدقيق بريعه أجزأه كما قال ابن حبيب، والمراد ريع أصله إلى الزائد بعد طحنه، والمراد بالتمليك الإعطاء وبه فسر الإطعام في الآية.

وأحرار بالجر صفة لستين أو بالنصب على الحال من ستين أو لمسكين لأنه بمعنى مساكين، والمراد بالمسكين ما يشمل الفقير الذي لا يملك قوت عامه فخرج بالمساكين الأغنياء الذين يملكون قوت العام فلا تدفع لهم.

وخرج بالأحرار الأرقاء فلا يجزئ دفعها لهم لأنهم أغنياء بساداتهم لحثهم على الإنفاق أو البيع أو تسهيل عتق من فيه شائبة حرية ليصير من أهلها.

وخرج بالمسلمين الكفار فلا يجزئ دفعها لهم حملًا على الزكاة.

وخرج بقوله: ستين ما إذا دفعها لأقل فلا تجزئ، خلافًا لأبي حنيفة، فإنه يقول: إذا أطعم مسكينًا واحدًا ستين يومًا أجزأه ذلك عن كفارة الظهار لأن المقصود سد

الخلـة، وقد سـد ستين خلـة، وقد يـمنع بأن حـاجة ستـين محققة عنـد الإخراج ولا كـذلك الواحـد في ستـين يومًـا، ولمـا يتـوقع في الجمع الـكثير من إجـابة الـدعاء ومصادفة ولي، وأداها المساكين ابتدأها إن كانوا أكثر من ستين، وإلا بني على واحد وكمل، واختار التعبير بمده ﷺ على التعبير بمد هشام حرصًا على التبرك به ﷺ.

وبرًّا تمييز للمد، والثلثين قصد به بيان جنس المخرج.

● ص:

وأجزئ غداء وعشاء بلغ.

● ش:

تقدم أنه يـدفع لكل مسكـين مدًا وثلثين، وذكر هنـا أنه يجزئ عـن ذلك الغداء والعشـاء إن بلغه مجموعهما، فـإذا غدئ ستين وعشاهـم أجزأ إن بلغ العشاء والغداء ثلثين لكل مسكين و إلا فلا.

● ص:

وإن أطعم مائة وعشرين فكاليمين.

● ش:

تقدم أنـه يطعم ستـين مسكـينًا لكل مـد هاشمي، وذكر هنـا أنه إذا أطعم مـائة وعشرين لـكل واحد نصف هاشـمي فيكون حكمـه في ذلك حكم اليمين إذا أطعم فيها عـشرين لكل نصـف مد فلا يجزئ وله نزع ما بيـد ستين هنا بالقرعة إن بين أنها كفارة ويكمل للستين الثانية، وهل إن بقي بأيديهم؟ قولان، ولا يشترط أن يعين نوع الكفارة من ظهار أو يمين بل يكفي أن يقول هذا من كفارتي.

● ص:

ولا يجزئ تركيب نصفين.

● ش:

يعني: أنه لا يجزئ في كفارة الـظهار تركيب نصفين كصيام ثلاثين يومًا وإطعام ثلاثين مـسكينًا، وكعتـق نصف رقبة لا يملك غـيرها وصيام ثلاثين يـومًا، وليس من التلفيق إطعام ستين مسكينًا برًا ثـم ثلاثين تمرًا أو شعيرًا، وليس منه أيضًا أن يعشي

ويغدي ثلاثين مسكينًا ويعطي ثلاثين مسكينًا أمدادًا.

ثم عطف على نائب فاعل يجزئ قوله:

• ص:

ولا تشريك.

• ش:

أي: وكذا لا يجزئ تشريك كفارتين في نصيب كل مسكين بأن يطعم مائة وعشرين ناويًا تشريك الكفارتين فيما يدفعه لكل مسكين إلا أن يعرف أعيان المساكين فيكمل لكل منهم مدًا بأن يدفع لكل واحد منهم نصف مد وهل إن بقي بيده أو مطلقًا على ما مر.

• ص:

ولو نوى لكل عددًا أو عن الجميع كمل.

• ش:

يعني: أن المظاهر الذي لزمه كفارتان أو أكثر إذا نوى لكل من الكفارتين مثلًا عددًا من الخرج دون الواجب كما لو أطعم ثمانين ونوى لكل كفارة أربعين أو لواحدة خمسين وللأخرى ثلاثين أو أخرج الجملة عن جميع الكفارات من غير نية تشريك في نصيب كل مسكين فإنه يجزئه، ويكمل على ما نواه لكل من الكفارتين في الصورة الأولى وعلى ما أخرجه للجميع في الثانية، فكل لصاحبة الأربعين بعشرين ولصاحبة الثلاثين بثلاثين ولصاحبة الخمسين بعشرة، ولا يضر شروعه في أخرى قبل كمال ما قبلها لأن الإطعام لا يشترط فيه المتابعة بخلاف الصيام.

تنبيه:

إذا ظاهر من نسائه الأربع وأخرج عن كل بعض الكفارة فماتت واحدة منهن فإنه يسقط حظ من ماتت فلا يكمل لها ولا يحسب ما أخرجه عنها لغيرها، فلو نوى لكل من ثلاثة خمسين والميتة ثلاثين سقط حظها فلا ينقله لغيرها ويكمل لكل من الثلاثة عشرة دون من ماتت، ولو نوى للميتة ستين وللبواقي أربعين سقط حظ الميتة وكمل للثلاثة عشرين.

● **ص:**

ولو كفر عن ثلاث من أربع من منهن حتى يخرج الرابعة ولو ماتت إحداهن أو بانت.

● **ش:**

يعني: أنه إذا ظاهر من نسائه الأربع في مجالس أو في مجلس وأفرد لكل واحدة بخطاب يخصها ثم كفر عن ثلاث منهن بعتق مثلًا ولم يشرك بينهن ولم يعين من أعتق عنها منهن فإنه يمنع من الجميع فلا يطأ واحدة منهن حتى يخرج الكفارة الرابعة، ولو ماتت إحداهن أو بانت منه قبل إخراج الرابعة لعدم تعين من كفر عنها، فلو عين من أعتق عنها جاز وطؤها وإلا ما في جميع ذلك كالزوجات.

* * *

[باب في اللعان وما يتعلق به]

ولما كان ينشأ عن اللعان تحريم الملاعنة مؤبدًا كما ينشأ عن الظهار معلقًا ناسب تعقيبه به، فقال:

● ص:

باب.

● ش:

ذكر فيه اللعان وما يتعلق به.

وهو لغة: البعد، يقال: لعنه، أي أبعده من رحمته، وكانت العرب تطرد الشرير المتمرد لئلا تؤاخذ بجرائره وتسميه لعينًا، واشتق منه اللعنة في خامسة الرجل، ولم يسم غضبًا بخامسة المرأة تغليبًا للذكر ولسبق لعانه وكونه سببًا في لعانها ومن جانبه أقوىٰ من جانبها.

واصطلاحًا عرفه ابن عرفة بقوله: حلف الزوج علىٰ زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له، وحلفها علىٰ تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض.

وخرج بقوله: اللازم؛ الحمل غير اللازم له فإنه لا لعان فيه، كما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد، وكذا إذا كان الزوج خصي.

وخرج بقوله: وحلفها... إلخ؛ ما إذا حلف ونكلت ولم يوجب النكول حدها كما إذا غصبت فأنكر ولدها وثبت الغصب فلا لعان عليها، واللعان عليه وحده.

وخرج بقوله: بحكم قاض؛ لعان الزوجة والزوج من غير حكم فإنه ليس بلعان شرعي. اهـ.

وتضمن هذا التعريف أن اللعان إما لنفي نسب أو لرؤية زنا، والأول أوجب، والثاني ينبغي تركه.

ولم يعرفه «المص»، وإنما اعتنىٰ بذكر شروطه وأركانه علىٰ عادته رحمه الله، فقال:

● ص:

إنما يلاعن زوج.

● ش:

يعني: أنه لا يلاعن عن الزوج مكلف حرّ أو عبدًا دخل بالزوجة أم لا، لا أجنبي ولا سيد في أمته، والولد لصاحب الفراش إلا أن ينفيه على ما يأتي، فالحصر بالنسبة إلى السيد والأجنبي وإلا فالزوجة تلاعن وفي حكم الزوجية شبهتها فينفي الحمل فيها بلعان فلا ترد على الحصر.

وبعبارة: ويشكل على الحصر ما وقع لأبي عمران أن اللعان يكون في شبهة النكاح وإن لم تثبت الزوجية إلا أن يقال: لما كان الولد لاحقًا به ودرأ الحد عنه كان في حكم الزوج وأغناه عن شرط التكليف قوله فيما يأتي: أو هو صبي حين الحمل، وأما الإسلام ففيه تفعيل سيأتي.

وشمل الزوج العنين والهرم والأخرس والمجبوب والخصي، وهو كذلك في الجميع في الرؤية والقذف.

وأما في الحمل فلا لعان في المجبوب كما في الجلاب، وسيأتي ذلك في «المص».

وأما الخصي ففي المدونة أنه يحال على أهل المعرفة، وللقرافي يلاعن المجبوب والخصي إذا أنزلا كغيرهما.

ثم بالغ على لعان الزوج فقال:

● ص:

ولو أجمع على فساد نكاحه.

● ش:

يعني: أنه يلاعن الزوج زوجته ولو كان نكاحه فاسدًا مجمعًا على فساده يفسخ أبدًا لثبوت النسب فيه كالصحيح، فإذا نكح خامسة أو محرمًا من نسب أو رضاع أو مهر غير عالم بها ثم علم وظهر بها حمل فنفاه فإنهما يتلاعنان، فإن نكلت حدت، وإن نكل حد للقذف ولحقه الولد.

• ص:

أو رقيقين أو فاسقين أو كافرين ترافعا.

• ش:

عطف على ما في خبر المبالغة، أي وكذا يكون اللعان بين الزوجين ولو كانا فاسقين أو رقيقين، وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال: سماهم الله تعالى شهداء، وكل من الرقيق والفاسق لا شهادة له، والجمهور على أن الاستثناء في الآية منقطع والشهادة بمعنى الحلف، وكذا يكون اللعان بين الزوجين ولو كافرين إن ترافعا إلينا لا إن لم يترافعا فلا لعان بينهما وهو محمل قول الأصل لا كفرًا، أي أنه لا لعان بين الكافرين إن لم يترافعا إلينا، ولو كان الزوج مسلمًا لاعن الكتابية لنفي الحمل أو الولد لا لرؤية الزنا كما في الجلاب.

ولما كانت أسباب اللعان ثلاثة: تيقن الزنا، ونفي الحمل، والقذف على خلاف فيه، أشار لأولهما فقال:

• ص:

إن ادعى في العصمة أو العدة زناها يقينًا.

• ش:

قوله: إن ادعى؛ شرط في قوله: إنما يلاعن زوج، والجار والمجرور متعلق بادعى وفاعل ادعى ضمير يعود على الزوج، وزناها مفعوله.

يعني: أن شرط اللعان أن يدعي الزوج في زمن العصمة أو في زمن العدة زنا زوجته يقينًا في قبل أو دبر وهي طائعة فيه، ويشترط أن يدعي ذلك تصريحًا لا تعريضًا، وأن ترفعه للحاكم لأنه من حقها وإلا فلا لعان، ودعوى الزنا في العدة يثبت بها اللعان ولو كانت عدة طلاق بائن، وإنما ثبت اللعان بدعواه عليها في العدة لأنها من تعلقات الزوجية.

والحاصل: أن دعوى الزنا لا يثبت بها اللعان إلا إذا كانت في زمن النكاح أو تابعه وهو العدة، سواء ادعى حصول الزنا منها في نكاحه أو قبله، كما قال لها: رأيتك تزني قبل أن أتزوجك، كذا قيل، والحق أنه لا بد من كون الزنا في نكاحه

أيضًا كما في النقل، فتحصل أنه لا بد من كون الدعوى في زمن النكاح أو تابعه أن الزنا في زمن النكاح أو تابعه.

وأما إن قذفها قبل نكاحه أو فيه بزنا قبله أو بعد خروجها من العدة ولو برؤية زنا فإنه يحد ولو كانت زوجة له الآن ولا لعان.

وقوله: يقينًا؛ أي جزمًا لا ظنًا أو شكًا، أي أنه يشترط في اللعان أن يكون زناها تيقنًا للزوج إن كان أعمى أو بصير رأى الزنا، بل ولو بصير الدبر على مذهب المدونة خلافًا لما في الأصل من أن البصير لا بد فيه من رؤية المرود في المكحلة، كذا في بعض شراحه، ورده البناني بأنه حيث انتفت الرؤية رجع لقوله، وفي حده بمجرد القذف خلاف، وأبطل نسبة هذا المذهب للمدونة، فالحق مع الأصل لا مع بعض شراحه المعترضين عليه.

وحاصل ما فيه: أنه يشترط في الأعمى أن يتيقن زناها بجَس - بفتح الجيم - أو جِس - بكسر الجيم - أو بإخبار يفيد ذلك ولو من غير مقبول الشهادة شرعًا كالعبد والمرأة، ويشترط في البصير الرؤية كالمرود في المكحلة قال: لا يشترط وصفه كالشهود، أي بأن يقول: رأيت فرجه في فرجها كالمرود في المكلحة، بل يكفي أن يقول: رأيتها تزني، والمراد برؤية الزنا رؤية الفعل الدال على الزنا لا الزنا لأنه لا يرى لأنه معنى من المعاني بأن يرى فرجه في فرجها.

● ص:

وإن ولدت لحق إن لم يمض أقل الحمل من زناها ولم يدع استبراء مضى له أقل الحمل.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا لاعن زوجته ليتعين الزنا برؤية أو غيرها فولدت بعد اللعان ولدًا فإنه يلحق به بشرطين:

الأول: أن لا يمضي أقل الحمل من وقت زناها بأن ولدته كاملًا لدون ستة أشهر إلا خمسة أيام التي هي أقل الحمل كما إذا ولدته بعد الزنا بشهرين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة أشهر إلا ستة أيام، وإنما لحق به في هذه الصور للجزم بوجوده في

رحمها وقت الزنا، واللعان إنما كان للزنا لا لنفي الحمل، أما إذا مضى لها أقل أمد الحل من يوم الزنا كما إذا ولدته كاملًا لستة أشهر إلا خمسة أيام أو ولدته لأكثر من ذلك فإنه لا يلحق بالزوج وينتفي عنه باللعان الأول وتعد كأنها برية الرحم يوم الزنا، وقولنا: كاملًا؛ احترازًا من السقط فإنه يلحق به متى أمكن وجوده يوم الزنا.

الشرط الثاني: أن لا يدعي استبرائها بحيضة قبل الزنا، قد مضى لذلك الاستبراء أقل الحمل بأن لا يدعي استبراء أصلًا وادعى استبراء لم يمض أقل الحمل فيهما بينه وبين الولادة بأن كان بينهما ستة أشهر إلا ستة أيام وإنما لحق به لأنه يحمل على أنه كان موجودًا في بطنها حال الاستبراء، والحامل قد تحيض، أما إذا ادعى استبراء مضى له أقل الحمل بأن كان بين استبرائه ووصفها ستة أشهر إلا خمسة أيام فأكثر فإنه لا يلحق به وينتفي عنه بذلك اللعان المتقدم.

والحاصل: أنه ينتفي لعان الزنا ما ولدته كاملًا لستة أشهر فأكثر من يوم الزنا أو أنقص منه بخمسة أيام، فإن ولدته كاملًا لدون ستة أشهر إلا خمسة أيام بأن ولدته لستة أشهر إلا ستة أيام فأقل من يوم الزنا فإنه يلحق به لأنه كان موجودًا في رحمها وقت الزنا إلا أن يدعي الاستبراء قبل الزنا، فإن ادعاه لم يلحق به إذا كان بين استبرائه ووصفها ستة أشهر إلا خمسة أيام فأكثر فإن كان أقل من ستة أشهر إلا خمسة أيام فإنه يلحق به، والحامل قد تحيض.

ثم أشار للسبب الثاني بقوله:

● **ص:**

ولاعن لنفي الحمل وإن مات.

● **ش:**

يعني: أن الزوج يلاعن زوجته لأجل نفي حمل ظاهر ولو بشهادة امرأتين إن رماها بأنه ليس منه من غير تأخير كما يأتي.

وكذا يلاعن لنفي الولد عنه فلو قال: ولاعن لنفي نسب لشمل نفي الولد أيضًا، لكن ما ذكره هو الغالب.

ويلاعن لنفي الحمل أو الولد وإن مات الحمل أو الولد أو ماتت الزوجة، وفائدة

لعانه بعد موت من ذكر سقوط الحد عنه، فإن نكل حُدَّ للقذف.

واللعان لنفي النسب واجب، والأولى في الرؤية الستر عليها ويفارقها.

● ص:

واتحد إن تعدد كبطون لقريب الغيبة.

● ش:

أي: واتحد اللعان إن تعدد الحمل، فإذا تعدد التوأم في بطنها فيكفي عن الجميع لعان واحد لأن ذلك في حكم الحمل الواحد، كما يكفي لعان واحد لبطون متعددة إذا كان الزوج قريب الغيبة بحيث يمكن إتيانه إليها سرًا، أما بعيد الغيبة الذي لا يمكن إتيانه إليها سرًا كمشرقي ومغربية فسيأتي أنه ينتفي عنه بلا لعان، وأما الحاضر فيسقط حقه بالتأخير كما سيأتي، ويدل لما قال «المص» سماع عيسى عن ابن القاسم: من قدم من غيبة سنين فوجد امرأته ولدت أولادًا فأنكرهم وقالت له: بل هم منك لم يبرأ منهم ولا من الحد إلا بلعان. اهـ. أي لأنه حينئذٍ بمنزلة من قذف زوجته بالزنا مرارًا، فإنه يكفي لذلك لعان واحد.

● ص:

ونفي ورمي.

● ش:

أي: وكذا يكفي لعان واحد للنفي والرمي جميعًا، فإذا قال لها: رأيتك تزني وما هذا الحمل مني، كفاه عن ذلك لعان واحد بأن يقول: أشهد بالله لرأيتها تزني وما هذا الحمل أو الولد مني.

● ص:

وإنما ينفي إن تحقق تعينه.

● ش:

يعني: أن الزوج لا يجوز له نفي الولد أو الحمل عنه باللعان إلا إذا تحقق نفيه عنه إما لعدم إنزال كأن جامعها بعد العقد ولم ينزل أو لم يجامع أصلًا، وأما الاستبراء بحيضة بعد الوطء كما إذا وطئها واستبرأها بحيضة بعد هذا الوطء.

وإما لوضع حمل لم يطأ بعده، فإذا وضعت ولدًا ثم وضعت آخر وبين الوضعين ما يقطع الثاني عن الأول وهو ستة أشهر فأكثر فإنه حينئذٍ يلاعن لأنه ليس منه قطعًا، وأما لو كان بينهما أقل من ستة أشهر وما في حكمها لكان الثاني من تتمة الأول، فلو وطئها بعد الوضع ثم حملت حملًا آخر فليس له نفي هذا الثاني لاحتمال حصوله من الوطء الذي بعد الوضع.

وإما لزيادة على أقصى أمد الحمل من يوم الوطء فإذا وضعت ولدًا ووطئها بعد الوضع بشهر مثلًا وأمسك عنها فأتت بعد هذا الوضع بولد لمدة تزيد على أمد الحمل من يوم الوطء كخمس سنين فأكثر فلا يحلف الولد به ويعتمد في نفيه على ذلك ويلاعن فيه.

وإما لنقص عن أقل الحمل كما إذا وضعت فوطئها بعد الوضع وأمسك عنها فأتت بولد بعد هذا الوطء لمدة تنقص عن أقل الحمل كخمسة أشهر فأقل بين الوطء والولاة فإنه يعتمد في ذلك على نفيه ويلاعن فيه لأن هذا ليس للوطء الثاني لنقصه عن الستة، ولا بد من بقية الأول لقطع الستة عنه، وكذا إذا عقد عليها ودخل فأتت بولد كاملًا بعد شهر أو شهرين أو خمسة من يوم الوطء فإنه يعتمد على ذلك ويعلم أنه ليس منه، ويلاعن، وتقدم أنه إذا استبرأها بحيضة ولم يطأ بعد الاستبراء وأتت بولد لستة أشهر فأكثر من الاستبراء فإنه يعتمد على ذلك ويلاعن، وإن لم يدع رؤية، والحيضة في اللعان كافية في الاستبراء كالزنا والردة، قال بعضهم: استبراء الحرة كالعدة إلا في لعان وزنا والردة.

● ص:

لا إن عزل أو أنزل بفخذها أو أولج ولم ينزل بعد إنزال، وقبل بول أو لم يشبهه.

● ش:

لما ذكر أنه لا يلاعن الزوج حتى يتحقق نفي الحمل بأمر مما مر، ذكر أمورًا لا لعان فيها؛ لأنها لا تفيد تحقق نفيه.

والمعنى: أن الزوج إذا وطئ زوجته وعزل عنها بأن أمنى خارج فرجها فحملت فإن الزوج لا يعتمد في نفي الحمل على العزل ويلاعن فيه لأن الماء قد يسبقه وهو

لا يشعر، وكذا لا يعتمد على وطء في فخذها دون فرجها إن أنزل لأن الماء قد يجري للفرج فيشربه الرحم، ومثل الفخذ الدبر، واستبعده الباجي بأنه غير محل الحرث، ومن لطائف السيد أنه كتب على ذلك: لا استبعاد مع القرب، أي فيمكن سيلان الماء من الدبر للفرج لقرب ما بينهما، وكذا لا يعتمد في نفي الحمل على ما إذا أولج ذكره في فرجها ولم ينزل فيه وكان إيلاجه بعد إنزال بوطء زوجة أخرى أو بغيره كاحتلام وقبل بول بعد الإنزال.

وصورة المسألة: أن الزوج أمنى بوطء أو غيره كملاعبة أو نظر أو احتلام ولم يَبُلْ بعد خروج المني، ثم جامع زوجته بعد استبراء ووضع ولم ينزل فحملت بعد الوطء الذي لم ينزل فيه بولد فإنه لا يلعان وينصب فيه حال الجماع فتحمل، فإن كان قد بال بعد الإنزال لاحتمال بقاء شيء من مائه في قناة ذكره فيخرج بالوطء للرحم لنفيه ثم وطئ في الفرج ولم ينزل فحملت فيه أن يلاعن معتمدًا على عدم الإنزال لأن البول لا يبقي معه شيء من الماء لأنه يخرج بقايا المني.

وبعبارة: إذا لاعن زوجته أو أمته أو وطئها فأنزل ثم وطئ زوجته الأخرى ولم ينزل فيها، والحال أنه لم يحصل منه بول بين الإنزال والوطء الثاني الذي لم ينزل فيه فحملت زوجته الثانية فليس له أن يقول ما هذا الحمل مني معتمدًا على عدم الإنزال في الزوجة الثانية لاحتمال أن بقي شيء من مائه في قناة ذكره فينصب في الرحم حال الوطء، أما إن بال بين الإنزال والوطء الثاني الذي لم ينزل فيه فله أن يلاعن لأن البول يخرج بقايا المني، وكذا لا يلاعن إذا لم يشبهه الولد بل ولو شابه غيره من الناس فلا يلاعن ولو كانت مشابهته للغير سوداء أو عكسه والده على الضد من ذلك لأن الشارع لم يعول على المشابهة في هذا الباب بخلاف باب القافة فتعتبر فيه المشابهة في الأعضاء لا في البياض والسواد.

وبعبارة: لا يلاعن الزوج في الولد إذ لم يشبهه بأن كان الولد أسود وأبوه أبيض أو عكسه لأن أصل النسب هنا محقق شرعًا، وقد قال الشارع: «لعل عرقًا جذبه»، أي فيحتمل أنه ألقى عليه شبه أحد من أجداده، وإنما اعتبر في القافة لأنها مع الشك في النسب، فاعتبرت المشابهة مثبتة له لتشوف الشارع للحوق النسب، وكذا لا

يعتمد في اللعان على رؤيتهما متجردين في لحاف واحد إذ يمكن عدم وطئها بين فخذيها.

والحاصل: أنه لا يعتمد على ظن بل لا بد من اليقين، فإذا اعتمد على شيء مما سبق من العزل وما بعده ونفي الحمل أو الولد فلا يعتبر نفيه ويلحقه الولد ولكن لا يحد لعذره.

● ص:

ولا ينتفي بالتصادق.

● ش:

يعني: أنه لا ينتفي الحمل أو الولد بتصادق الزوجين على أنه ليس منه لحق الله تعالى، وإن كانت تحد فلا بد من لعان من الزوج لنفي الولد فإن لم يلاعن لحق به ولا حد عليه؛ لأنه قذف غير عفيفة وتحد هي على كل حال لإقرارها بالزنا إلا أن تأتي لدون ستة أشهر من العقد كشهر أو شهرين فنتفي عنه حينئذٍ بغير لعان لقيام المانع الشرعي من لحوقه به كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

وانتفى بلا لعان إن أتت به لدون أقل الحمل من العقد أو فوق أكثر من خروجها من عصمته.

● ش:

يعني: أن الولد ينتفي عن الزوج بغير لعان إن أتت به لدون أقل الحمل من يوم العد أو أتت به لمدة فوق أكثر الحمل من يوم خروجها من عصمته بالطلاق البائن أو بانقضاء عدة الرجعي، وأقل الحمل ستة أشهر إلا خمسة أيام ودون الأقل ستة أشهر إلا ستة أيام، وأكثر مدة الحمل أربع أو خمس من السنين على خلاف يأتي، فالمراد بفوق الأكثر ما يزيد على أربع أو خمس.

تنبيهان:

الأول: إذا لاعن الزوج زوجته لرؤية الزنا وادعى أنه وطئها قبل الرؤية ولم يستبرئها من ذلك الوطء ثم ظهر بها حمل يمكن أن يكون من زنا الرؤية وأن يكون

منه بـأن كان لستـة أشهر فأكثر من يـوم الرؤية فلمـالك رضي الله عنه في ذلك ثلاثة أقوال:

الأول: أنه يلزم الـزوج ولا ينتفي عـنه أصلًا بناء علـى أن اللعان إنمـا شرع لنفي الحد فقط لا لنفي الولد ويتوارثان، وعدوله عن دعواه الاستبراء رضًى منه باستلحاق الولد فليس له أن ينفيه بعد ذلك.

الثاني: عدم إلزامه به وهو لاحق به ويتوارثان لم ينفه بلعان آخر.

الثالث: نفـي الولد عـنه بلعان الأول تغليـبًا لجانـب التحريم لأن اللـعان موضع لنفي الحد والولد معًا، فإن ادعاه بعد ذلك لحق به وحد. ورجح هذا القول.

ومحل الأقوال الثلاثـة ما لم يتحقق وجوده يـوم الرؤية، فإن تحـقق وجوده يومها بأن كان بينًا متضحًا، أو أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية أقلية لها بال، فإنه يلحق الزوج، ذكره الأصل وشراحه.

الثاني، يلاعن الزوج فـي نفي الحمل مطلقًا كـانت المرأة في العصـمة أو مطلقة، خرجت من العـدة أو لا، كانت حية أو ميتة، فلا يتقـيد اللعان لنفي الحمل بزمان إلا إن تجاوز أقصـى أمر الحمل من يوم الطلاق أو ترك الـوطء فينفي عنه بلا لعان لعدم لحوقه به، وأما في لعـان الرؤية فيلاعن إذا دعـاها في العدة ولـو من طلاق بائن ولو انقضت، وأحرى لو رمى من في العصمة، فإن ادعى بعدها أنه رأى فيها لم يلاعن.

فالحاصل: أنه إن ادعـى في زمن العدة أنه رأى فيهـا أو قبلها لاعن، وإن انقضت العـدة وإن ادعى بعدهـا أنه رأى فيها أو قبلهـا أو بعدها فـلا لعان، ذكر ذلك الأصل وشراحه، وتقدم ما يفيد ذلك في «المص».

● **ص:**

أو هو صبي حين الحمل أو مجبوب أو مقطوع البيضة اليسرى أو بعيد الغيبة.

● **ش:**

هذا عـطف على ما ينفـي فيه الولد بلا لعـان، أي وكذلك ينفي الـولد بلا لعان إن أتت به والزوج صبي حين الحمل لقيام الـمانع العقلي على نفيه، وكذا ينفي عنه بلا لعان إن أتـت به وهو مجبوب حين الحـمل، أو مقطوع البيضـة اليسرى حين الحمل

لفساد منيه فيستحيل حملها منه، وظاهره وطء مجبوب أو لا أنزل أو لا ومثله مقطوع الأنثيين، وأما مقطوع الذكر قائم الإنثيين أو قائم اليسرى فقط، أو قائم الذكر واليسرى فلا ينفى عنه إلا بلعان حيث أنزل، فمتى وجدت البيضة اليسرى وأنزل لا بد من اللعان مطلقًا، وجد الذكر أو لا وإذا فقدت انتفى بلا لعان مطلقًا، وكذلك ينتفي بغير لعان إذا كان الزوج بعيد الغيبة لا يمكن مجيبه لها خفية عادة، فإذا ادعت الحمل امرأة مغربية بعد العقد عليها على زوج لها مشرقي مثلًا وكان الذي تولى العقد عليهما وليهما وهما في مكانيهما المغرب والمشرق وعلم بقاء كل من الزوجين في محله إلى أن ظهر الحمل فإنه ينتفي عنه بغير لعان لقيام المانع العادي على نفيه عنه.

ثم أشار للسبب الثالث وما فيه من الخلاف فقال:

● **ص:**

وهل يلاعن بمجرد القذف وهو الظاهر أو يحد خلاف.

● **ش:**

قوله: بمجرد القذف؛ أي القذف المجرد عن الرؤية ونفي النسب.

يعني: أن الزوج إذا قذف زوجته بالزنا بأن قال لها: يا زانية، أو أنت زنيتي، من غير أن يقيد ذلك برؤية أو نفي حمل فهل يلاعن، أي يمكن من اللعان ولا حد عليه للقذف وهذا القول هو الظاهر أو يحد للقذف ولا يمكن من اللعان خلاف، والقولان في المدونة.

● **ص:**

وله استلحاقه فيحد إلا أن تزول عفتها.

● **ش:**

يعني: أن الزوج إذا نفي الولد باللعان فله استلحاقه فيلحق به ويرثه على ما يأتي في الاستلحاق من أنه يرثه إذا لم يتهم على كثرة الميراث، وإذا تلحقه فإنه يحد لأنه أكذب نفسه فيما رماها به إلا أن تزول بعد اللعان بأن يثبت زناها بإقرار أو بينة فلا يحد لأنه رمى غير عفيفة كقاذف عفيف فلم يحد له حتى زنا المقذوف لأنه شرط

حد القذف بقاء المقذوف عفيفًا إلى حد قاذفه.

● ص:

وإن سمى الزاني وجب إعلامه فيحد أو يعفو.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا رمى زوجته بالزنا وسمى الزاني بها بأن قال لها: رأيتك تزني بفلان، فإنه يجب على الحاكم أن يعلم من سماه بموجب حده بأن يقول له: فلان قذفك بامرأته فإذا علمه بذلك فله أن يحده أو يعفو عنه طلبًا للستر ولو بلغ الإمام ولا يخلص الزوج من الحد لفلان إن طلب حده لعانه للزوجة إذا تقدم، أما لو حد أولًا له سقط عنه اللعان لأن من حد لقذف يدخل فيه كل حد ثبت موجبه قبله كما في «خ» ووجوب إعلامه هو الراجح، وقيل: يندب، وإنما طلب إعلامه لأنه قد يعترف أو يعفو إلا لإرادة الستر ولو بلغ الإمام كما مر.

● ص:

ولا حد إن كرر قذفها به.

● ش:

يعني: أنه لا حد على الزوج إن كرر بعد اللعان قذفها به، أي بما لاعن فيه أولًا، وأما إذا قذفها بغير ما رماها به أولًا فله حكم آخر ولو عامًّا بعد خاص.

وبعبارة: إذا لاعن زوجته ثم بعد اللعان رماها بما رماها به أولًا فإنه لا يحد لها، والفرق بين هذا وبين من قذف شخصًا فحد له ثم قذفه ثانيًا فإنه يحد هو إن أحد المتلاعنين كاذب إلا أنا لا ندري من هو الكاذب منهما، فإذا قال الزوج: ما كنت إلا صادقًا فإنا لا نحده إذ لعله كان صدقًا، والقاذف إنما حد تكذيبًا له، فإذا قال: كنت صادقًا فهو كالقذف المبتدأ فوجب أن يحد تارة أخرى، وقيل: إن الملاعن أيمانه كأربعة شهود أقامها على قذفه بخلاف الأجنبي، واحترز بقوله: به؛ مما إذا قذفها بأمر آخر وبما هو أعم، فإنه يحد، فالأول كان يقذفها ثانيًا ينفي النسب بعد أن قذفها بزنا، والثاني كقوله لها: أنت تزني مع كل الناس أو مع أهل البلد بعد أن قال لها: زنيت مع فلان.

• ص:

وسقط إن أخره بعد علمه الحمل أو وطئ.

• ش:

يعني: أن من شرط اللعان أن يكون معجلًا بلا تأخير إلا الحائض والنفساء، فيؤخران كما يأتي، فإذا آخر بعد علمه بالحمل أو الوضع اليوم أو اليومين بلا عذر في التأخير فإنه يسقط اللعان إن وطئها بعد علمه الحمل أو الوضع بل ولو بعد رؤية، والمانع في الرؤية الوطء فقط لا التأخير، فقوله: شرط اللعان التعجيل، أي خصوص الحمل والوضع وليس من العدم تأخيره لاحتمال كونه ريحًا فينفش خلافًا لابن القصار، ومتى سقط اللعان لحق به الولد وبقية زوجة مسلمة أو كتابية، وحد المسلمة.

• ص:

وأخرت الحائض والنفساء لا المريضة.

• ش:

يعني: أن الزوجة إذا فعلت ما يوجب اللعان وكانت حائضًا أو نفساء فإنه يؤخر اللعان للطهر من الحيض أو النفاس لأن اللعان إنما يكون في المسجد وهما لا يدخلانه، وأما المريضة فلا تؤخر للبرء بل يلاعنها في المرض.

وبعبارة: شرط اللعان التعجيل فيتلاعنا ولو مريضين أو أحدهما.

تنبيه:

إذا نفى الأب ولده باللعان ثم مات الولد عن مال فاستلحقه أبوه ويرثه بشرط أن يكون للولد الميت ولد حر مسلم ولو أنثى فيكون له النصف أو السدس قل المال أو كثر أو لم يكن للميت ولد أصلًا أو كان لا على الصفة المتقدمة بل كان عبدًا أو كافرًا ولكن قل المال الذي يحوزه المستلِحق بالكسر فيرثه أيضًا لضعف التهمة كما ذكره أبو إبراهيم الأعرج.

قال الأصل: والذي ينبغي أن تتبع التهمة فقد يكون السدس كثير فينبغي أن لا يرث ولو كان للميت ولد وقد يكون المال يسير فنفي أن يرثه وإن لم يكن له ولد. اهـ.

ذكر هذه المسألة الأصل وستأتي لـ«المص» في باب الاستلحاق.

ثم شرع يتكلم على صفة اللعان، فقال:

● ص:

ويشهد بالله لرأيتها تزني أربعًا والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين.

● ش:

فاعل شهد ضمير الزوج، وأربعًا معمول شهد، والمعنى: أن الزوج إذا لاعن زوجته فإنه يقول: أشهد بالله لرأيتها تزني، أربع مرات، ثم يخمس باللعن، فيقول في الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، أي عليها فيما رماها به، ويأتي في عليه بضمير المتكلم المجرور بعلى وهو الياء لا بضمير الغيبة الذي يقصد به المتكلم التحاشي عن إضافة اللعنة إليه، والأعمى يقول: لعلمتها أو تيقنتها تزني بدل لرأيتها، ثم إن الملاعن إذا قال: أشهد بالله فلا يزيد بعده الذي لا إله إلا هو على الأرجح، فهذا مستثنى مما يأتي في الشهادات، مع أن اليمين في كل حق بالله الذي لا إله إلا هو.

وظاهر «المص» أنه يقول: لرأيتها تزني، ولو في اللعان لنفي الحمل وهو ما في المدونة تشديدًا عليه بأن يحلف أنها زنت لاحتمال أن ينكل فيتقرر النسب، والشارع متشوف للحوقه، وقال الأصل يقول في الحمل: أشهد بالله ما هذا الحمل مني، وهو قل ابن المواز والمشهور من مذهب المدونة، إلا أن قول ابن المواز أوجه، قال بعضهم: ولا بد أن يزيد: وإني لمن الصادقين بعد قوله أشهد بالله... إلخ، وسكت «المص» عنه لوضوحه لنص القرآن عليه، وفي «بن» إن في زيادة ذلك خلاف، فكأن من لم ير الزيادة حمل الآية على المعنى.

ومما اختلف فيه أيضًا زيادة المرود في المكحلة كالشهود، فصورة اللعان وفاقًا وخلافًا أن يقول: أشهد بالله لرأيتها تزني كالمرود في المكلحة وإني لمن الصادقين.

وقوله: أن لعنة الله... إلخ، أتى فيه بكلمة أن اتباعًا للقرآن، وقال بعضهم: لا يشترط الإتيان بها ولا يخفى وضوح عبارته عن عبارة الأصل الموهمة تكرير

الشهادة في الخامسة، وقد أولها شراحه، وقدم «المص» جواب القسم فقط أعني قوله: لرأيتها تزني على قوله: أربعًا؛ لئلا يتوهم أن التكرار في القسم، والجواب واحد.

● ص:

ولاعن الأخرس بما يفهم.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا كان أخرس فإنه يلاعن بما يفهم ذلك، أي بما يدل عليه من إشارة أو كتابة إن كان يكتب، ومن اعتقل لسانه بعد الرمي وقبل اللعان ورجي زواله عن قرب انتظر ويكرر الأخرس الكتابة أو الإشارة كاللفظ، وإذا نطق لسانه فقال لم أرد ذلك لم يقبل منه، وكما يلاعن بالإشارة والكتابة كذلك يعلم قذفه بهما ولا يعيد اللعان إن نطق، ووقع التردد في بطلان صلاة الأخرس بإشارته، والظاهر أنه قصد به معنى الكلام وأنه متكلم لولا المانع أبطلت لأنه من معنى الرفض، أفاده «حش».

هذا كله في لعان الزوج، وأما لعان الزوجة فأشار له بقوله:

● ص:

وكذبته بأربع، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا لاعن بما تقدم فإن الزوجة تكذبه بأربع شهادات فتقول: أشهد بالله ما زنيت، أو ما رآني، أربع مرات، أو تقول في أيمانها أربع: لقد كذب عليَّ في الرؤية أو في نفي الحمل، وتقول في الخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، أي فيما رماها به، فتزيد لفظ أن كما في القرآن، وكذا في المدونة، وفي بعض العبارات عدم زيادتها كما في الجلاب، وقيل: إن كلام الجلاب يفيد أن الأولى زيادة لموافقة القرآن، وغضب يصح أن يقرأ بالمصدر والفعل.

فإن قيل: لم خولفت القاعدة في اليمين هنا وفي القسامة لأن الزوج وأولياء المقتول مدعون والقاعدة أنه إنما يحلف أولًا المدعى عليه قبل، أما الملتعن فإنه مدعٍ ومدعى عليه ولذلك يحلف هو والمرأة، وبرئ باليمين لأنه لما قذفها طالبته

بحقها فاحتاج لذلك أن يحلف إذ صار مدعي عليه الحد، وأما أولياء المقتول فهم مدعى عليهم حكمًا، وإن كانوا مدعين في الصورة فإن المدعى عليه من تراجع قوله بمعهود أو أصل وهم كذلك إذ ترجح قولهم بالموت. قاله «خ».

● ص:

وإنما يصح بالشهادة واللعن والغضب في موضعهما.

● ش:

أي: أن اللعان لايصح من أحد المتلاعنين إلا بالشهادة، أي بلفظ أشهد، فلا يجزئ أحلف ولا أقسم ولا غير لفظ الجلالة وإن انعقدت الأيمان بأسمائه تعالى وصفاته، لكن اللعان سنة متبعة بكيفيتها المخصوصة، ألا ترى تعين اللعان والغضب في محله، وقد طال توقفه ﷺ في قضية اللعان حتى أنزل الله تعالى عليه ما أنزل فوجب اتباعه على ما نزل. قاله «حش».

وكذا لا يصح اللعان إلا باللعن والغضب في موضعهما وهو الخامسة، فاللعن في خامسة الرجل والغضب في خامسة المرأة فلا يجزئ غيرهما ولا إبدال اللعنة بالغضب ولا عكسه، وإنما تعين اللعن في حق الرجل لأنه مبعد لأهله ولولده فناسبه ذلك لأن اللعن معناه البعد، وإنما تعين الغضب في حق المرأة لأنها مغضبة لزوجها ولأهلها ولربها فناسبها ذلك.

● ص:

ووجب بأشرف البلد وبحضور أربعة فأكثر.

● ش:

يعني: أنه يجب إيقاع اللعان بأشرف أماكن البلد وهو المسجد الجامع فلا يقبل رضاهما بغيره لأن المقصود من اللعان التخويف والتغليظ على الملاعن، وللموضع حظ في ذلك، ولذا كان لعان الذمية في كنيستها واليهودية في بيعتها، فالمراد بالأشرف بالنظر للحالف، وكذا يجب أن يكون اللعان بحضور أربعة فأكثر من الرجال العدول لأن هذه شعيرة من شعائر الإسلام المطلوب إظهارها وأقل ما تظهر به الشعيرة أربعة لاحتمال نكول أو إقرار لأن ذلك يثبت باثنين.

● ص:

وندب إثر صلاة والأحب بعد العصر وتخويفهما خصوصاً عند الخامسة.

● ش:

يعني: أنه يندب إيقاع اللعان بعد صلاة من الخمس، وروى ابن وهب عن مالك وبعد العصر أحب إليَّ، أي لأنها الوسطى على ما رجح بعضهم، ولأن بعده نظير السَّحَر بالليل ووقت تعاقب الملائكة.

وكذا يندب تخويفهما بالوعظ لأن أحدهما كاذب قطعًا فلعله أن يرجع ويقر بالحق بأن قال لكل منهما: تب إلى الله؛ لأن الإقدام على الحلف بالله كاذبًا فيه الوبال الأخروي والدنيوي، والاعتراف بالحق فيه النجاة، وإن لزمه الحد لأنه يكون كفرة له ولأن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ونحو ذلك وخصوصًا يندب التخوف عند الشروع في الخامسة منه أو منها، ويندب أن يقال لكل منهما أنها ـ أي الخامسة ـ موجبة للعذاب على الكاذب، أي سبب في إنزال العذاب من الله باللعنة والغضب على الكاذب، أي أن الله تعالى بمقتضى اختياره رتب العذاب عليها، أو بمعنى أنها تتمة للأيمان وموجبة للحد على الرجل والرجم على المرأة.

وخصوصًا مفعول مطلق لعامل محذوف، أي أخص التخويف بالطلب خصوصًا.

● ص:

وأعادت إن بدأت.

● ش:

يعني: أنه يشترط في اللعان بدء الزوج بالحلف قبل الزوجة فإن بدأت قبله أعادت على الأرجح ولا يكفي ما وقع منها ابتداء، وإنما أعادت لتقع أيمانها بعده فيتوقف تأبيد التحريم على إعادتها.

● ص:

ولاعنت الذمية بموضع تعظمه.

● ش:

يعني: الذمية يهودية أو نصرانية أو مجوسية تلاعن في المكان الذي تعظمه

فتلاعن النصرانية بكنيستها واليهودية ببيعتها والمجوسية بين نارهم، ويخير الزوج على ذهابه معها للكنيسة ولا تدخل هي معه المسجد، وتجبر الذمية على الذهاب لنحو الكنيسة إن أبت.

وبعبارة: إذا كانت الزوجة ذمية يهودية أو نصرانية أو مجوسية وقذفها زوجها المسلم أو الكتابي أو المجوسي فإنه يلاعنها في موضع تعظمه في دينها ويتصور لعان الزوج الكتابي أو المجوسي لزوجته التي على دينه فيما إذا ترافعا إلينا ويتصور كونها مجوسية وزوجها مسلم فيما إذا أسلم زوجها المجوسي وقذفها بزنا أو نفي حملها عنه.

• ص:

وإن نكلت أدبت وردت لحكم دينها.

• ش:

يعني: أن الذمية إذا نكلت عن اللعان فإنها تؤدب ولا تحد، إذ لو أقرت بالزنا لم تحد.

وبعد تأديبها ترد لحكم أهل دينها ليفعلوا بها ما يرون عندهم، إذ يحتمل تعلق حدها عندهم بنكولها أو إقرارها فإن رأوا رجمها لم يتعرض لهم، والأدب السابق على الحد لإيذائها لزوجها وإدخالها التلبيس في نسبه.

وهذا هو الفرق بينها وبين الصغيرة التي وصفنا فإنها لا تلاعن بل يلاعن الزوج فقط ولا تؤدب إن أبت، والجامع بينهما أن كلًا لا يحد لإقراره.

• ص:

وأدب إن قال: وجدتك مع رجل في لحاف.

• ش:

يعني: أن الزوج إذا قال لزوجته: وجدتك مع رجل في لحاف واحد ومتجردين ولا بينة له فإنه يؤدب ولا حد عليه ولا يلاعن، ولو قال ذلك لأجنبية يحد، والفرق بين الزوجة والأجنبية أن الزوج يعذر بشدة الغيرة فيكفيه الأدب.

ولِحاف بكسر أوله كرداء.

● **ص:**

ولا لعان في صغيرة إلا أن تطيق فيلتعن هو ثم إن حملت لم يحلف ولها حينئذٍ اللعان فيفرق وعدمه فتجلد وتبقى زوجة.

● **ش:**

يعني: أن الزوج إذا رمى زوجته الصغيرة بالزنا بأن قال: رأيتها تزني، فإن كانت غير مطيقة للوطء فإن زوجها لا حد عليه ولا لعان لعدم لحوق المعرة لها.

وإن كانت مطيقة للوطء التعن الزوج وحده ويحال بينهما، ثم إن ظهر بها حمل فلا يلحق بالزوج ولها حينئذٍ اللعان وعدمه، فإن لاعنت فرق بينهما تفريقًا مؤبدًا ولا حد عليها، وإن لم تلاعن حدت حد الجلد وبقيت زوجة لأنه لاعن لنفي الحد عن نفسه، وإنما قلنا تجلد ولم ترجم لعدم الجزم بإحصانها قبل الحمل.

وقوله: وعدمه عطف على اللعان، وضمير عدمه للعان، وقوله: فيفرق مفرع على اللعان، وقوله: فتجلد... إلخ مفرع على عدمه.

● **ص:**

وإن رماها بغصب أو شبهة فإن ثبت ولو بقرينة التعن فقط كنفي الحمل وإلا التعنت أيضًا لدفع الحد ولو صدقته فتقول لقد غصبت.

● **ش:**

يعني: أن الزوج إذا رمي زوجته بغصب بأن قال لها: زنيت مغصوبة أو رماها بشبهة بأن قال لها: وطئت رجل أو فلان وظننت أنه إياي فإن ثبت الغصب أو الشبهة بالبينة بل ولو بقرينة ظاهرة كتعلقها برجل مستغيثة منه عند النازلة فإنه يلتعن الزوج فقط لنفي الحمل عن نفسه دون الزوجة لأنها تقول: يمكن أن يكون من الغصب أو الشبهة، فإن نكل لم يحد ولحقه الولد.

وظاهر كلامه أنه لا يلاعن إلا إذا ظهر بها حمل وهو قول بعضهم وظاهر الأصل أنه يلاعن ولو لم يكن بها حمل ولا يفرق بينهما لأنه إنما يفرق بينهما بتمام لعانها وهي لا تلاعن.

وأما إن لم يثبت الغصب أو الشبهة بالبينة ولا ظهر للناس بالقرائن التعن الزوج

والتعنت الزوجة أيضًا لدفع الحد عنها إن كذبته في ذلك، بل ولو صَدَّقَتْهُ فتقول إن صدَّقته: أشهد بالله الذي لا إله إلا هو ما زنيت ولقد غصبت وإني من الصادقين، وتقول في خامستها: غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين، وأما إن كذبته فتقول: أشهد بالله ما زنيت بحال.

فإذا تلاعنا فرق بينهما صدقته أو لا، فإن نكلت رجمت كذلك، وإن نكل الزوج لم يحد لأن محمل قول الزوج محمل الشهادة لا محمل التعريض.

● **ص:**

وإن شهد مع ثلاث فرمى وحد الثلاث إن التعنت لا إن رجمت.

● **ش:**

يعني: أن الزوج إذا شهد مع ثلاث عدول بزنا زوجته فشهادته عليها رمي لها يندرج تحت قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ...﴾ [النور:٦] الآية، وليست شهادة شرعية تضم للثلاثة ويتم النصاب بها ويثبت الزنا، وإذا كانت شهادته مجرد رمي فإنه يلتعن ثم تلتعن بعده ويفرق بينهما ويحد الثلاثة إن التعنت الزوجة لعدم الاعتداد بشهادة الزوج، فإن نكلت عن اللعان فلا حد عليهم لأنها صارت بالنكول مقرة غير عفيفة وتحد هي، وتبقى زوجة إن كان حدها الجلد.

وكذا لا حد عليهم إن رجمت، إما لكون الحاكم يرى رجمها بشهادة الأربعة التي منها الزوج، وإما لكونه حكم برجمها من غير أن يرى صحة شهادة الزوج فمضى حكمه للخلاف في صحة شهادة الزوج، فحكمه ليس بخطأ صريح لوجود الخلاف، وإما لعدم العلم بكونه زوجها حال شهادته مع الثلاثة حتى رجمت فلا حد حينئذٍ على واحد منهم، ويلاعن الزوج، فإن نكل حد وحده.

وبعبارة: إذا شهد على المرأة بالزنا أربعة رجال أحدهم الزوج وعُلمت الزوجية قبل إقامة حد الجلد على الزوجة أو بعده فإن زوجها يلتعن أولًا ثم تلتعن بعده ثم يحد الشهود للقذف، وإن نكلت سقط الحد عن الثلاثة لأنه قد تحقق عليها ما شهدوا به لنكولها والحد عليها وتبقى زوجة إن كان حدها الجلد، وإن كان حدها الرجم بقيت على حكم الزوجية ويرثها إلا أن يعلم أنه تعمد الزور ليقتلها أو يقر

بذلك على إرثها.

وكذا لا حد على واحد من الثلاثة حيث لم يعلم بأن أحدهم الزوج إلا بعد الرجم، ويلاعن الزوج فإن نكل حد فقط ويرثها على ما مر، وإنما لم يحد الثلاثة في حالة نكوله لأنه كرجوعه وهو بعد الحكم يوجب حد الراجع فقط، ولا دية على الحاكم في رجمها لأنه مختلف فيه فليس بخطأ صريح، ويجري مثل هذا التوجيه في عدم حد الثلاثة حيث نكلت.

فإن قلت: فما فائدة لعانها بعد جلدها؟

قلت: تأبيد حرمتها وإيجاب الحد على الثلاثة الشهود. اهـ.

وقوله: لا إن رجمت، مثل الرجم حد البكر كما أشرنا له في التقرير.

تنبيه:

إذا أقام الزوج أربعة غيره على زناها فكانت غير محصنة وسقط الرجم عنها لعدم إحصانها، فقيل لها أن تلاعن لدفع الحد أو الأدب.

وقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾ [النور:٦] خرج مخرج الغالب، قاله «حش» وضعف هذا الكلام غني عن البيان، والتحقيق أنها لا تلاعن ولا يسقط عنها الحد وإنما يلتعن الرجل لنفي الولد عنه إن أتت به لستة أشهر.

● **ص:**

وإن نكل حد، وأدب للأمة والذمية وإن لاعنت فسخ وتأبد تحريمها ولو بملك أو انفش حملها وإن نكلت حدت.

● **ش:**

يعني: أن الزوج إذا نكل عن اللعان فإنه يحد حد القذف إن كانت الزوجة حرة مسلمة، ويؤدب إن كانت أمة أو ذمية، فثمرة لعان الزوج رفع الحد في الزوجة الحرة المسلمة، ورفع الأدب في الأمة والذمية، وإذا لاعنت الزوجة فسخ النكاح بتمام لعانها وتأبد تحريمها عليه، فلا تحل له بعد اللعان بنكاح بل ولو بملك، فإذا كانت الزوجة التي لاعنها أمة وملكها الزوج بعد اللعان فلا يطأها بالملك كما لا يطأها بالنكاح لتأبيد الحرمة.

وكذا يتأبد تحريمها عليه ولو انفش حملها الذي لاعن لأجله لاحتمال أن تكون أسقطته، كذا علل في المدونة، وهو يفيد أنه لو تحقق انفشاشه ببينة لازمتها لانقضاء أمد الحمل لوجب أن ترد إليه لأن الغيب كشف عن صدقهما جميعًا، ونص عليه ابن عبد الحكم، وبه قال ابن عبد السلام وبحث فيه ابن عرفة بأن يستحيل البينة لها عادة مدة الحمل حتى يعلم عدم إسقاطه ورد هذا البحث بأنه قد يكون اللعان في آخر الحمل لغيبة الزوج ويظهر الفش في الحال على أنه لا يبعد العمل في مثل ذلك بنظر القوابل العارفات.

وقوله: ولو بملك مبالغة في تأبيد الحرمة، وقوله: أو انفش في خبر المبالغة.

ومعنى انفشاش الحمل: أن يثبت عدمه، وأن ذلك ريح كان في بطنها ثم انصرف منها، فإن نكلت المرأة عن اللعان حدت إن كانت حرة مسلمة وأدبت إن كانت ذمية أو أمة.

والحاصل: أنه يترتب على لعان الزوج ثلاثة أشياء:

الأول: رفع الحد عن الزوج إن كانت حرة مسلمة، ورفع الأدب إن كانت أمة أو ذمية.

الثاني: إيجاب ما ذكر من الحد أو الأدب على المراة إن لم تلاعن فتحد الحرة المسلمة وتؤدب الأمة والذمية.

الثالث: قطع نسبه من حمل ظاهر أو سيظهر.

ويترتب على لعانها ثلاثة أشياء: تأبيد تحريمها عليه، وفسخ النكاح، ودفع الحد أو الأدب عنها.

تنبيه:

إذ كان الرجل متزوجًا بأمة ثم اشتراها وهي غير ظاهرة الحمل وقت الشراء ووطئها بعد الشراء ونفاه عنه فإنها تكون حينئذٍ كالأمة الأصلية فلا ينتفي عنه الولد ولا لعان عليه، فإن استبرأها بعد الشراء انتفى عنه بلا لعان، وإن ولدته لأقل من ستة أشهر و كانت ظاهرة الحمل يوم الشراء أو لم يطأ بعد الشراء فكالزوجة لا ينفي عنه الولد إلا بلعان إن اعتمد على شيء مما تقدم.

● ص:

ولو طلبه بعد نكوله لم يقبل بخلاف المرأة.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا نكل عن اللعان ثم طلبه بعد نكوله فإنه لا يقبل منه ذلك لأنه كالرجوع عن القذف بخلاف المرأة فإنه يقبل منها الطلب بعد النكول، والفرق أن الرجل يعد بنكوله قاذفًا والقاذف لا يقبل رجوعه بل لا بد من حده، فكذا هنا ليس له العود، بخلاف المرأة فإنها لو نكلت صارت كالمقرة بالزنا، والمقر به يقبل رجوعه فكذا هنا يقبل منهما العود.

● ص:

ولحق أحد التوأمين باستلحاق الآخر.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا استلحق أحد التوأمين بعد اللعان فإنه يلحق به التوأم الآخر لأنهما في حكم الولد الواحد فلا يمكن لحق أحدهما دون الآخر، ولهذا إذا لاعن في أحدهما فإنه ينتفي الآخر بذلك اللعان ويتوارثان على أنهما أشقاء كما في توأمي المسبية والمستأمنة، بخلاف توأمي الزانية والمغتصبة فإنهما أخوان لأم، والتوأمان هما من وضعا معًا أو ليس بينها أقل أمد الحمل ستة أشهر إلا خمسة أيام، فإن كان بينهما ستة إلا خمسة أيام فهما بطنان، فله استلحاق أحدهما ونفي الآخر.

● ص:

وفيها إن استلحقه فأتت بآخر بعد ستة أشهر فأقر به وقال: لم أطأك بعد الأول حد إلا أن يقول النساء: إنه يتأخر هكذا.

● ش:

يعني: أن الإمام ذكر في المدونة أنه إذا استلحقه ولده بعد أن نفاه باللعان فأتت الزوجة الملاعنة بولد آخر بعد ستة أشهر من ولادة الأول فأقر به بأن قال: هو ولدي وقال لها: لم أطأك بعد ولادة الأول وهذا الثاني ولدي، فإن الزوج يحد لأن نفي الوطء نفي للولد، والإقرار بأنه ولده، والاستلحاق بعد اللعان يوجب الحد.

وبعبارة: إنما حد لأنه لما أقر به وقال: لم أطأك بعد الأول صار هذا القول منه قذفًا لها ومحل حده ما لم يقل النساء العارفات أن أحد التوأمين يتأخر هكذا، أي ستة أشهر، فإن قلن ذلك لم يحد لأنه مع الأول بطن واحد وليس قوله: لم أطأك بعد الأول نفيًا للثاني صريحًا لجواز كونه من الوطء الذي كان عنه الأول، فعلم بذلك أن الستة أشهر فاصلة للثاني عن الأول حيث لم ينفي النساء فعلها.

ومفهوم قوله: أقر به؛ أي الثاني أنه إذا نفاه انتفى عنه لكن ينتفي بلعان لأنه بطن ثان، وإنما احتيج للعان لاحتمال أنه وطئها أثناء الحمل الأول الذي لاعن فيه فلم يمض مدة حمل من وطئه.

وبعبارة: قوله إلا أن يقول النساء... إلخ، أي فإن قلن ذلك سقط الحد بقولهن لأنه شبهة تدرأ الحد والولد لاحق فإن لم يستلحق الأول وأقر بالثاني فقط مع قوله: لم أطأك بعد الأول، فإنه يحد مطلقًا، قال النساء يتأخر أو لا؛ لأن قوله: لم أطأك بعد الأول مع الإقرار بالثاني قذف لها، نعم إن قلت يتأخر لحقه وإلا فلا، والله أعلم.

***

[باب في العدة]

ولما أنهى الكلام على النكاح ولواحقه من طلاق وفسخ وظهار ولعان، شرع في الكلام على ما يتبع ذلك من عدة واستبراء وسكنى ونفقة وغيرها، وبدأ بالكلام على العدة، المأخوذة من العدة بفتح العين لأنها آكد توابع النكاح.

وأسبابها ثلاثة: طلاق، وموت، وفسخ.

وأنواعها ثلاثة: قرء، وأشهر، وحمل.

وأصناف المعتدة أربعة: معتدة، وآيسة، وصغيرة، ومرتابة بغير سبب أو به من رضاع أو مرض أو استحاضة.

وبدأ منها بالنوع الأول منها وهو القرء وبالسبب الأول وهو الطلاق، فقال:

● **ص:**

باب.

● **ش:**

في بيان ما ذُكِرَ. وعرف ابن عرفة العدة بقوله: مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه، فيدخل مدة منع من طلاق رابعة في نكاح غيرها إن قيل هو عدة، وإن أريد إخراج الرجل قبل مدة منع المرأة، وعرفها غيره بأنها المدة التي جعلت دليلًا على براءة الرحم لفسخ النكاح أو موت الزوج أو طلاقه.

● **ص:**

عدة الطلاق على الحرة بخلوة بالغ غير مجبوب وسئل أهل المعرفة في الخصي ثلاثة أطهار.

● **ش:**

عدة مبتدأ خبره ثلاثة أطهار وعلى الحرة متعلق بمحذوف صفة لعدة الطلاق والباقي بخلوة للسببية، أي أن عدة الطلاق الواجبة على الزوجة الحرة بسبب خلوة الزوج البالغ الغير المجبوب ثلاثة أطهار، والأطهار بمعنى الأقراء في الآية، وهي

جمع قرء بفتح القاف وقد تضم، فالقُرء وهو الطهر لا الحيض، وشملت الحرة الكتابية إذا طلقها مسلم أو أراد نكاحها من طلاق ذمي فعدتها ثلاثة أطهار، وأما إذا طلقها الذمي وأرادت أن تتزوج بذمي فلا تفرض لهم إلا أن يتحاكموا إلينا، ولكن لا يطلق على تربص الكافرة الاستبراء إن كان من طلاق ذمي لأن أنكحتهم فاسدة وإنما أقر عليها إذا أسلم ترغيبًا في الإسلام.

ويشترط في الزوجة أن تكون مطيقة للوطء وإن لم يمكن حملها على المشهور أو لم تبلغ تسع سنين على المعتمد لا إن لم تطقه فلا تخاطب بها ولو وطئها الزوج للقطع بعدم حملها لأن وطئها كالجرح.

والمراد بالخلوة ما يشمل خلوة الاهتداء والزيادة فكل منهما تجب بها العدة ولو في حال حيضها أو نفاسها أو صومها أو صومه أو نحو ذلك من الموانع الشرعية.

ويشترط في الخلوة أن يمكن فيها الجماع عادة فإذا اختلى البالغ بزوجته خلوة يمكن فيها الجماع ثم طلقها وجب عليها العدة تنزيلًا للخلوة منزلة الوطء لأنها مظنة، فإذا اختلى بها خلوة لا يمكن فيها الوط فلا عدة عليها.

وشمل البالغ المريض حيث كان مطيقًا ولو صائمًا ونحوه لإمكان حمل المطيقة من وطء، وخرج بالبالغ الصبي فخلوته كالعدم ولو وطئها وهو مطيق للجماع، فإذا طلق عليه وليه لمصلحة فلا عدة على زوجته.

وخرج بغير المجبوب البالغ المجبوب وهو المقطوع ذكره وأنثياه فلا عدة بخلوته ولا بوطئه، أي علاجه وإنزاله على المعتمد تنزيلًا له منزلة الصغير الذي لا يولد لمثله، وهذا هو الموافق لما سبق في اللعان من أن الحمل ينتفي عنه بلا لعان، قال «حش»: والمسألة خلافية فقد قيل بالسؤال في المجبوب أيضًا. اهـ.

وأما الخصي وهو القائم الذكر المقطوع الأنثيين عكسه فيسأل عنه أهل المعرفة هل يلد فتعتد زوجته من وطئه لبراءة الرحم، أو لا يلد فلا عدة عليها، وفي «خ»: إطلاق القول بأنه يجب على زوجته العدة من وطئها إذا طلقها.

قال «حش»: وتقدم في اللعان إن قطع اليسرى يفسد المني لأنها له، واليمنى شعر اللحية، فلعل هذا جواب أهل المعرفة.

وخرج بقوله: خلوة ما إذا لم يختل بها فإنه لا عدة عليها إلا أن تقر بالوطء فتعتد، وكذا إذا ظهر بها حمل ولم ينفه بلعان وطلقها فإنها تعتد بوضعه، وإن لاعن استبرأت بوضعه، وإن أقر الزوج بالوطء وكذبته الزوجة ولم تعلم خلوة بينهما فلا عدة عليها، ويؤخذ الزوج بإقراره فيستكمل عليه الصداق وتلزمه النفقة والسكنى، وسيأتي ذلك.

● ص:

وذات الرق اثنان.

● ش:

تقدم أن عدة الحر ثلاثة أطهار وذكر هنا أن عدة الأمة طهران، ولو كان فيه شائبة حرية كأم ولد ومدبرة ومعتقة لأجل مكاتبة ومبعضة كان زوجها حرًا أو عبدًا، والثلاثة للحرة والاثنتان للأمة لا للاستبراء، أي براءة الرحم خلافًا لمن قال الأول فقط للاستبراء والباقي تعبد.

● ص:

ولا تسقط بالتصادق على نفي الوطء وأخذ بإقرارهما.

● ش:

يعني: أن الزوجين إذا علمت الخلوة بينهما وتصادقا على نفي الوطء فإنها لا تسقط عنها العدة بالتصادق على نفيه لأنها حق لله تعالى ففيها ضرب من التعبد ولكن يؤخذان بإقرارهما بنفي الوطء فيما هو حق لهما، أي كل من أقر منهما أخذ بإقرارهم اجتماعًا أو انفرادًا، فلا نفقة لها ولا يستكمل لها الصداق ولا رجعة له عليها لأنه مقر بنفي الوطء، وقد بانت منه.

ثم شبه في المؤاخذة بإقرارهما قوله:

● ص:

كبه بلا خلوة.

● ش:

ضمير به للوطء، أي وكذا يؤخذان بإقرارهما بالوطء بلا خلوة بينهما فتعتد إذا

أقرت به وكذبته فلا عدة عليها وأخذ بإقراره فيستكمل عليه الصداق ويلزمه النفقة والسكنى.

ثم بالغ على أن عدة الحرة والأمة المذكورين بالأطهار السابقة فقال:

● ص:

ولو استحاضت وميزت أو تأخر لرضاع.

● ش:

«الش» هذا مبالغة في عدتها بالأطهار، وضمير تأخر للحيض المفهوم من السياق. انتهى كلامه، وقوله: في عدتها، أي المطلقة حرة أو أمة.

والمعنى: أن المطلقة حرة أو أمة تعتد بالأطهار المتقدمة ولو استحاضت وقد ميزت بين دم الحيض والاستحاضة برائحة أو لون أو كثرة، فإن لم تميز بين الدمين فعدتها سنة كما يأتي، وجملة ميزت حالية فتقدر قد قبلها كما قدرنا.

وقوله: أو تأخر لرضاع عطف على مدخول لو، يعني: أن المطلقة حرة أو أمة تعتد بالأطهار ولو تأخر حيضها لرضاع ولا تنقل عنها إلى السنة ما دامت ترضع طال أو قصر، فإن انقطع الرضاع اعتدت بالأطهار، فإن لم تحض حتى أتت عليها سنة من يوم انقطاع الرضاع حلت للأزواج، والأمة في السنة كالحرة.

وبعبارة: تعتد المرضعة بالإقراء وإن أتاها الحيض في زمن الرضاع فلا كلام وإلا فتستقبل ثلاثة أقراء بعد ذهاب زمن الرضاع، فإن الرضاع يرفع عنها الحيض، فإن مضت لها سنة بعد الرضاع ولم تحض فيها فقد حلت للأزواج لأنا عرفنا أن الرضاع هو الذي رفع حيضها فلم تدخل تحت الآيسات، ومفهوم تأخر لرضاع أنه إذا تأخر حيضها لا لعلة أو لعلة غير الرضاع أنها لا تعتد بالإقراء بل تتربص سنة كاملة تسعة أشهر لزوال الريبة لأنها مدة الحمل غالبًا وثلاثة عدة كما يأتي.

● ص:

وله نزع ولدها إن لم يضر به كهي إن كانت عليه.

● ش:

يعني: أن من طلق زوجته المرضع طلاقًا رجعيًا فتأخر عنها الحيض لأجل

الرضاع فإنه يجوز له نزع ولدها منه ليعمل حيضها فرارًا من أن ترثه إن مات وهي في العدة وإن لم يكن مريضًا أو لتخرج من العدة لتسقط نفقتها عنه أو ليتزوج كأختها أو ليتزوج برابعة غيرها، ومحل جواز الانتزاع إن لم يضر بالولد، فإن أضر به بأن لم يقبل غيرها أو لا مال للأب ولا للولد لم يجز انتزاعه منها، وكما لا يجوز النزع للأب بشرطه كذلك يجوز للأم فلها نزعه، أي طرحه وعدم إرضاعه لتعجيل حيضها، ومحل الجواز لها إن كانت عليه القدر شأنها أن لا ترفع ولدها، وأما الدنية فلا يجوز لها ذلك لأنها يلزمها إرضاعه، فقوله: كهي تشبيه في النزع بشرط عدم الضرر بأن كان يقبل غيرها ويكون للزوج أو للولد مال.

ثم عطف على المشبه مشبه آخر، فقال:

● **ص:**

وكولد غيرها إلا إن سكت بعد علمه بالإجارة.

● **ش:**

أي: وكذلك يجوز لزوج المرضع المطلقة أن ينزع منها ولد غيره التي ترضعه عندها بالأجرة إن لم يضر النزع بالولد إلا أن يسكت بعد علمه بالإجارة قبل الطلاق فلا كلام له.

وبعبارة: له منعها من أن ترضع ولد غيره ولو بأجرة وله فسخ الإجارة إلا إذا كانت أجرت نفسها قبل الطلاق بعلمه فليس له فسخها.

● **ص:**

خوفًا من الإرث أو إباحة للنكاح.

● **ش:**

خوفًا علة للنزع وإباحة معطوف عليه فهو علة أيضًا والكلام على التوزيع لأن خوف الإرث علة لنزع الأب وإباحة علة لنزع الأب وطرح الأم، أي إنما جاز للأب النزع خوفًا من أن ترثه إن مات قبل خروجها من العدة ولأجل أن يباح له نكاح كأختها أو نكاح خامسة بالنسبة لها، وإنما جاز للأم المرضعة طرح ولدها لأجل أن تخرج من العدة فيباح لها نكاح غير أبيه، فقوله: وإباحة للنكاح، أي نكاح المرأة

غيره، أو نكاح الرجل أختها أو خامسة، وإذا جاز له النزع رعيًا لحق غيره من الورثة فأولى لحق نفسه بأن ينزعه ليتعجل حيضها لأجل سقوط نفقتها عنه في العدة.

فإن قلت: إذا أردف عليها في العدة طلاقًا بائنًا انتفى الإرث وأبيح النكاح وسقطت النفقة فهلا أردف عليها طلاقًا بائنًا ولم ينزع ولدها؟

قلنا: لا يلزمه الإرداف بائنًا لأنه خلاف السنة ولعل له غرضًا في عدم الطلاق الثاني، وإنما ينص «المص» على أن النزع إنما يكون في الطلاق الرجعي للعلم بكون الإرث إنما يكون من رجعية لا من بائن.

● **ص:**

وإنما تعبر حيض حيث اعتد في خمس سنين وإلا فسنة بيضاء.

● **ش:**

هذا تقييد لما سبق من أن عدة الحرة ثلاثة أطهار والأمة اثنان، أي أن محل اعتداد المطلقة حرة أو أمة بالأطهار واعتبار الحيض الذي بينها إذا كانت عادتها أن يأتيها الحيض في كل خمس سنين، فأقل مرة، فإن لم يأتها الحيض إلا في أكثر من خمس سنين كست سنين أو عشر سنين فتعتد بسنة بيضاء لم تر فيها الدم كما في محشي الخرشي وغيره عن الناصر، وهي فسحة.

والحاصل: أن من عادتها أن يأتيها الحيض في كل خمس سنين فأقل مرة تعتد بأقراء قطعًا، فإذا اعتادت الخمس مكثت خمس عشر سنة حتى تحل للأزواج، وأما من عادتها أن يأتيها في كل عشر سنين أو أقل إلى خمسة أو أكثر من عشر سنين مرة فتعتد بسنة بيضاء من يوم الطلاق قياسًا على من يأتيها في عمرها مرة، هذا هو الراجح، وقيل: تعتد بثلاثة أشهر ولا تنتظر الحيض ولا تمكث سنة لأن التي تعتد بسنة محصورة في مسائل ليست هذه منها، وقيل: تعتد بالإقراء كمن عادتها في كل خمس سنين فأقل فإن جاء وقت مجيئه وهو العشر سنين مثلًا ولم تحض حلت وإن حاضت انتظرت وقت مجيء الحيضة الثانية فإن جاء وقت المجيء ولم تبح حلت وإن جاء انتظرت وقت مجيء الثالثة فإن لم تجئ أو جاءت حلت فعلم من ذلك أنه إذا كان يأتيها في كل عشر سنين مرة فلا تحل إلا بعد ثلاثين سنة.

● ص:

وإن ظهر حمل ولم ينفه اعتدت ولو لم تعلم خلوة.

● ش:

يعني: أن المطلقة إذا ظهر بها حمل ولم ينفه الزوج بلعان بأن سكت أو أقر به فإنها تعتد بوضعه ولو لم تعلم بينهما خلوة، وأولى لو علمت، أما إن نفاه باللعان فاستبرأها بوضعه فلا بد من وضعه على كل حال لكن فيما إذا لم ينفه وطلقت يسمى عدة ويترتب عليه أحكام العدة من توارث ورجعة ونفقة وغير ذلك بخلاف ما إذا نفاه بلعان فإنه يسمى استبراء ولا يترتب عليه ما ذكر.

● ص:

وعلى من تأخر حيضها لغير رضاع ولو أمة أو استحيضت ولم تميز تربص تسعة أشهر استبراء وهل من يوم الطلاق أو ارتفاع الحيض خلاف، ثم عدتها كالآيسة والبغلة، والصغيرة المطيقة ثلاثة أشهر.

● ش:

الجار والمجرور خبر مقدم، وتربص مبتدأ مؤخر، وقوله: ولو أمة مبالغة في التربص تسعة أشهر استبراء والاعتداد بثلاثة فلا تتنصف الأمة في عدة الأشهر، ورد بلو على من قال: عدتها شهران، وعلى من قال: شهر ونصف، وقوله: كالآيسة في العدة بثلاثة أشهر.

والمعنى: أن المطلقة إذا تأخر حيضها عن وقته المعتاد لغير رضاع بأن تأخر لمرض قبل الطلاق أو بعده أو تأخر لاستحاضة أو تأخر بلا سبب أصلًا فإنها تتربص تسعة أشهر استبراء لرحمها لتزول عنها الريبة، وكذا إذا استحيضت المطلقة ولم تميز بين الدمين فإنها تتربص تسعة أشهر استبراء لزوال الريبة لأنها مدة الحمل غالبًا.

وهل ابتداء التسعة أشهر في هذه المسائل من يوم الطلاق وهو ما في المدونة وغيرها كما في «بن» أو من يوم ارتفاع الحيض؟ في ذلك خلاف، ولا فرق في ذلك كله بين الحرة الأمة، ثم إذا تربصت تسعة أشهر استبراء اعتدت بثلاثة أشهر

كالآيسة من الحيض لكبر سنها، والبغلة خلقة وهي من لم تر الدم طول عمرها، والصغيرة المطيقة للوطء، فهذه الثلاثة عدتهن ثلاثة أشهر.

فجملة من يعتد بالثلاثة أشهر ستة: من تأخر حيضها لا لعذر، أو لعذر غير رضاع، والمستحاضة التي لم تميز، والآيسة، والبغلة، والصغيرة، إلا أن ا لثلاثة الأول لا بد لهن من تسعة أشهر استبراء قبل ثلاثة العدة، وإنما وجبت العدة على المطيقة لإمكان شغلها من وطء زوجها البالغ، وإنما اعتبر في الزوج البلوغ دون إطاقته الجماع لأن بلوغه يظهر بخلاف الإنثى فقد لا يعرف بلوغها إلا بحملها، وخرج بالمطيقة غيرها فلا عدة عليها ولو وطئها بالغ كما مر.

وقولنا في البغلة: هي التي لم ترض الحيض طول عمرها احترازًا ممن حاضت في عمرها ثم انقطع عنها فلا بد لها من الإقراء أو سنة بيضاء تكتفي بالثلاثة الأشهر إلا من لم تر الحيض في عمرها كما في «خ» والحرة والأمة في جميع ذلك سواء كما مر.

● ص:

والعبرة بالهلال إلا أن ينكسر فبالعدد ولغى يوم سبق فجره الطلاق.

● ش:

يعني: أن الأشهر التي هي عدة من تقدم ذكر هذه تعتبر بأهلة من كمال أو نقص إلا أن ينكسر الشهر الأول منها فإن العبرة حنيئذٍ تكون بالعدد ثلاثين يومًا، ولما كان المنكسر تسعة وعشرين، وهذا بخلاف رمضان فإن العبرة في قضائه بالعدد على كل حال سواء ابتدأ قضائه بالهلال أو بغيره لتعين زمنه فلا يعتبر في قضائه الهلال كما سبق في الصيام.

وبعبارة: المطلقة التي تعتد بالأشهر إن وقع طلاقها في أول شهر فإنها تعتد بالأشهر بالأهلة سواء كانت كاملة أو ناقصة أو بعضها وإن طلقت في أثناء شهر فإنها تعتد أيضًا بالأهلة في الشهر الثاني والثالث، وأما الشهر الذي وقع فيه الطلاق فإنها تكمله ثلاثين من الشهر الرابع ولو كان الشهر الذي وقع فيه الطلاق ناقصًا فإن طلقها في اليوم العاشر فجاء ناقصًا أخذت من الرابع إحدى عشر يومًا.

وقوله: لغى بفتحتين فعل ماض بمعنى بطل فلم يحسب ويوم فاعله وفجره فاعل سبق والطلاق مفعوله؛ يعني: أنه إذا سبق الفجر الطلاق بأن طلقها بعد الفجر فإنه يلغى ذلك اليوم المسبوق بالفجر، فإذا طلقها في اليوم الأول بعد الفجر أخذت من الرابع يومين إن كان الأول وتحل بغروب الشمس، وكذا يلغى يوم الموت في عدة الوفاة فإن طلق أو مات قبل الفجر اعتدت بذلك اليوم ولا يلغى لأن الليلة الماضية قد أدركتها بإدراك جزء منها، ونظير ذلك في الاعتداد باليوم بإدراك ما قبل الفجر نية المسافر إقامة أربعة أيام والاعتداد بيوم الولادة قبل الفجر ودخول المعتكف قبل الفجر ونحو ذلك.

وقوله: لغى؛ أي عده، وأما حكمه فيعتبر فلا تخطب ولا يعقد عليها فيه ويتوارثان فيه إن كان الطلاق رجعيًا.

ثم شرع في تميم حكم المرتابة السابقة بقوله:

● ص:

وإنما حاضت المرتابة قبل المدة انتظرت الحيض أو تمام لسنة بيضاء.

● ش:

تقدم أن المرتابة هي التي تأخر حيضها لغير رضاع، والمستحاضة الغير المميزة تتربص سنة تسعة أشهر استبراء وثلاثة عدة، وذكر هنا أن محل ذلك ما لم تحض في أثناء السنة، فإن حاضت في أثناء السنة ولو في آخر يوم منها فإنها تصير من أصحاب الأقراء فتنتظر الحيضة الثانية، أو تمام سنة بيضاء، أي غير ملونة بالدم، فإن تمت السنة ولم تر الحيض حلت مكانها، وإن رأت الحيض فيها ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام سنة بيضاء لا دم فيها إن كانت حرة واكتفت بالثانية إن كانت أمة.

فالحاصل: أنها تحل بأقرب الأجلين من الحيض أو تمام السنة، ثم إن من تربصت سنة تسعة استبراء وثلاثة عدة إذا تزوجت وطلقت فعدتها ثلاثة أشهر إن لم تحض في الثلاثة أشهر، فإن حاضت فيها انتظرت الحيضة الثانية والثالثة أو تمام سنة بيضاء لا دم فيها، ثم إن احتاجت لعدة أو استبراء بعد ذلك فلا تعتد بثلاثة

أشهر وإنما تعتد سنة بيضاء، فإن أتاها الدم فيها انتظرت الثانية أو تمام سنة بيضاء، وكذا يقال في الثالثة، هذا ما يفيده «دص» و«دك» وغيرهم.

● ص:

ووجب استبراء إن وطئت بزنا أو شبهة أو غاب غاصب أو ساب ولو قالت لم يطأ.

● ش:

يعني: أنه يجب الاستبراء على المرأة المطيقة حرة أو أمة إن وطئت بزنا أو بشبهة إما غلطًا أو بنكاح فاسد مجمع على فساده كمحرم نسب أو رضاع، أو غاب عليها غاصب أو ساب ثم خلصت منه، أو غاب عليها اشترى جهلًا بحريتها أو نسيانًا أو تعمدًا للضلال فيجب عليها الاستبراء في جميع هذه الأمور، ولو قالت: إن الغاصب ومن معه لم يطأ ولو وافقها على ذلك لحق الله تعالى فلا تصدق في ذلك لأن الغيبة مظنة الوطء حيث أمكنت فيها الإصابة.

ثم شرع يبين قدر الاستبراء فقال:

● ص:

وهو في الحرة كعدتها إلا لنفي الولد وحد الزنا والردة فحيضة وهل كذلك الأمة ونسب إليها أو حيضة مطلقًا طريقتان.

● ش:

الضمير المنفصل راجع للاستبراء، يعني: أن استبراء الحرة قدر عدتها على التفصيل السابق فذات الأقراء ثلاثة قروء وذات الأشهر ثلاثة، والمرتابة سنة إلا في نفي الولد باللعان فاستبراؤها الذي يعتمد فيه الزوج على نفي الولد حيضة وإلا في حد الزنا إذا وجب على الحرة فلا يقام عليها حتى تستبرأ واستبراؤها حيضة، وهذا الاستبراء إنما هو لحق الزوج فلو لم يكن لها وزج لم تستبرأ لأن ماء الزنا لا حرمة له كما يفيده «حش»، وإلا في الردة فلا تقتل إلا بعد الاستبراء بحيضة واحدة.

وأما الأمة فهل استبرائها كعدتها على تفصيلها السابق إلا في اللعان والزنا والردة فحيضة واحدة، ونسب هذا لحكم المدونة، واستبراؤها بحيضة مطلقًا عن التقييد باللعان والزنا والردة فغير هذه الثلاثة مثلها في الاستبراء بحيضة واحدة في ذلك

طريقتان ولا فرق في ذلك بين أن يكون من غصب أو سبي أو اشتباه أو زنا.

• ص:

ولا عقد فيه ولا يستمتع الزوج.

• ش:

أي: أنه لا عقد في زمن الاستبراء لأنه محرم، فالمستبرأة لا يعقد أحد عليها إن كانت خالية، فإن عقد عليها وجب الفسخ فإن انضم للعقد تلذذ بها تأبد تحريمها عليه كما تقدم.

وكذا يحرم على الزوج أن يستمتع بزوجته في زمن الاستبراء بوطء ولا مقدمات، وقيد بعضهم حرمة الوطء بما إذا لم تكن ظاهرة الحمل قبل سبب الاستبراء وإلا فلا يحرم، ولذا قال «الش»: ولا يستمتع الزوج بغير ظاهرة الحمل منه، قيل: ولا بها، أي بظاهرة الحمل لأنه قد ينفش فتختلط المياه.

وقوله: ولا يستمتع أعم من قول الأصل ولا يطأ فتحرم المقدمات وليس كالحيض وفاقًا لنقل المواق وخلافًا للأصل وتوضيحه في عصر المنع على الوطء.

وبعبارة: لا يجوز لأحد أن يعقد على المرأة في زمن استبرائها من زنا أو شبهة أو غيبة غاصب أو ساب، سواء كان العاقد زوجها الذي فسخ نكاحه منها أو كان العاقد أجنبيًا لأن كل محل امتنع فيه العقد إلا الحيض والنفاس والصيام والاعتكاف.

• ص:

وفي وجوبه بوطء المحجور ولو أجازه الوطء أو فسخ وأراد العقد ثانياً خلاف.

• ش:

الضمير في وجوبه للاستبراء، والواو في قوله: ولو أجازه واو الحال ولو صلة لا للمبالغة لأن الخلاف فيما بعدها، وأما ما قبلها فمتفق عليه.

والمعنى: أن المحجور البالغ إذا تزوج بغير إذن وليه أو عبد تزوج بغير إذن سيده وحصل الدخول والوطء من المحجور ثم اطلع الولي على ذلك فهل يجب على الزوجة الاستبراء بوطء المحجور إذا أجازه الوطء نظرًا لفساد الماء الحاصل قبل الإجازة أو لا يجب إذا أجازه الولي لأن الماء ماؤه فيطؤها بلا استبراء.

وإذا فسخ الولي النكاح وأراد الزوج العقد عليها ثانيًا بإذن وليه فهل يجب على الزوج استبراؤها من الماء الفاسد الحاصل قبل الفسخ أو لا يجب عليه الاستبراء فيعقد عليها بدون استبراء؟ خلاف في المسألتين، أي مسألة الإجازة والفسخ، في «عب» ترجح الوجوب، وفي «ر» و«بن» ومحشي الخرشي ترجيح عدمه.

وأما الأجنبي إذا أراد أن يعقد عليها بعد فسخ الولي فلا يجوز لأن العدة حينئذٍ واجبة اتفاقًا.

وقوله: بوطء المحجور؛ احترازًا مما إذا لم يحصل دخول ولا وطء فإنه لا استبراء قطعًا ولو بالنسبة لغير الزوج.

● **ص:**

واعتدت بطهر الطلاق وإن لحظة فتحل بأول الحيضة الثالثة وإن طلقت بحيض أو نفاس فبأول الرابعة.

● **ش:**

يعني: أن المطلقة تعتد بالطهر الذي وقع فيه الطلاق ولو بقي منه لحظة قليلة بأن حاضت بعد الطلاق بلحظة يسيرة، بل لو قال لها: أنت طالق فنزل الدم عقب النطق بالقاف بلا فصل حسبته قرأ، ثم إذا حاضت ثانية فقرءان وثالثة فثلاثة أقراء، فلذا قال: فتحل بأول الحيضة الثالثة لأن كل حيضة أتت بعد طهر، وأما إن طلقها في حيض أو نفاس فإنها لا تحل إلا بأول الحيضة الرابعة من يوم الطلاق لأنه قد تم الطهر الثالث برؤية الرابعة والأصل عدم انقطاع الدم بعد نزوله، وهذا في الحرة.

وأما الزوجة الأمة فإن طلقها حال طهرها فإنها تحل بأول الحيضة الثانية وإن طلقها في حال حيضها أو نفاسها فإنها لا تحل إلا بالدخول في الحيضة الثالثة لأن كل حيضة وليت طهرًا.

فإن قيل: كونها تحل بأول رؤية الدم يعارض ما قالوه من أن أقل الحيض هنا يوم أو بعضهم، يجاب: بأنه لا معارضة لأن محل ذلك إذا انقطع الدم وهذا حيث استمر فلو انقطع لكان الحكم ما قالوه من أنه يوم أو بعضه.

وقوله: اعتد بطهر الطلاق؛ ظاهره كغيره ولو سها فيه وإن كان خلاف السنة،

وبعضهم يجزه على الرجعة إذا كان مسها فيه ويراه كالطلاق في الحيض، أفاده «حش».

وقوله: وإن لحظة أورد عليه أنه يلزم على ذلك أن العدة قرءان وبعض قروء والقرآن يقول: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة:٢٢٨] أجيب بأنه نظير قوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة:١٩٧] فأطلق الجمع على شهرين وبعض الثالث.

وقوله: فتحل بأول الحيضة الثالثة كتب عليه «حش»: أنها إذا ماتت قبل انقطاع الدم لم يرثها ولا تصدق في دعوى انقطاعه إذا مات إلا إذا ذكرته قبل. اهـ.

● ص:

وندب مكثها حتى يدوم يومًا أو بعضه.

● ش:

يعني: أنها إذا طلقت في طهر فإنها تحل بأول الثالثة وإلا بأول الرابعة كما هو قول ابن القاسم، لكنه لا ينفي تعجيل العقد عليها برؤية الدم كما قال أشهب لئلا ينقطع قبل وقته المعتبر شرعًا بل يندب مكثها بعد نزول الدم بلا عقد عليها حتى يدوم عليها الدم يومًا أو بعض يوم له بل حتى يكون حيضًا معتبرًا في باب العدد على ما سبق ولا يجب عليها المكث حملًا لينبغي في كلام أشهب على ظاهره من الندب فيوافق ابن القاسم القائل بأنها تحل بأول الثالثة لأن قوله: تحل لا ينافي الندب، وهذا تأويل الأكثر، وتأويل الأقل أن الخلاف بينهما حقيقي حملًا لينبغي في كلام أشهب على الوجوب، فإن بادرت الزوجة بالعقد، أي بادر وليها بالعقد عليها فلم يمكث يومًا ولا بعضه فانقطع الدم عنها قبل دوامه عليها يومًا أو بعضه فهي منكوحة في العدة كما قال:

● ص:

فإن بادرت بالعقد فانقطع فمنكوحة في العدة.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا خالفت المندوب وبادرت بالعقد بمجرد رؤية أول الحيضة الثالثة أو الرابعة فانقطع الدم قبل دوامه يومًا أو بعضه فإنها حينئذٍ منكوحة في العدة فيفسخ نكاحها أبدًا ويتأبد تحريمها على الناكح، فإن لم ينقطع بل دام يومًا أو

بعضه فصحيح لا يفسخ، والمراد بالبعض الذي له بال ما زاد على ساعة فلكية لا مطلق بعض، ولا تعد الدفعة ونحوها هنا حيضًا حتى تحل للأزواج بخلاف العبادة فإن الدفعة فيها تعد حيضًا توجب الغسل وتبطل الصوم.

وبعبارة: إذا لازمها الدم يومًا فأكثر فإنها تحل للأزواج وإن أتاها بعض يوم وانقطع فهل يعد حيضًا تحل به أو لا يرجع في ذلك للنساء العارفات لاختلاف الحيض في النساء بحسب البلدان، فقد يكون أقله يومًا عند بعضهم باعتبار بلادهن، وقد يكون أقله بعض يوم عند بعض آخر باعتبار بلادهن، فإذا رجع للنساء وقلن شيئًا عمل به، وأما الطهر هنا فكالطهر في العبادة أقله خمسة عشر يومًا.

وكذا يرجع للنساء فيما تراه المشكوك في يأسها وهي بنت خمسين إلى السبعين هل هو حيض أو لا، وأما من لم تبلغ خمسين فدمها حيض قطعًا، ومن بلغت السبعين فليس بحيض قطعًا فلا يرجع للنساء فيها، وأما الصغيرة إذا أمكن حيضها كبنت تسع فإنه حيض قطعًا فلا يرجع فيه للنساء، وإن لم يمكن كبنت ست أو سبع فما تراه دم علة وفساد، ذكره الأصل وشراحه هنا، وقد تقدم ذلك في باب الظهار مستوفى.

● ص:

وإن حاضت الصغيرة في عدتها انتقلت للأقراء.

● ش:

يعني: أن الصغيرة الممكنة الحمل إذا مكثت تعتد بالأشهر فحاضت في أثناء عدتها ولو في آخر يوم من أشهرها فانتقلت للأقراء، وتلغي ما تقدم لأن الحيض هو الأصل في الدلالة على براءة الرحم.

● ص:

وإن أتت بعدها بولد لم يزد على أقصى الحمل من وطء الأول ولم يبلغه أقله من الثاني لحق بالأول إلا أن ينفه بلعان.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا أتت بعد العدة والزوج بولد لم يزد على أقصى أمد الحمل من

انقطاع وطء الزوج الأول ولم يبلغ أقل الحمل من وطء الزوج الثاني فإنه يلحق بالزوج الأول حيًا أو ميتًا لأن الحامل قد تحض، ويفسخ نكاح الثاني ويحكم له بحكم الناكح في العدة إلا أن ينفيه الأول عن نفسه باللعان فلا يلحق به.

وصورة المسألة: أن امرأة معتدة من طلاق أو وفاة خرجت من عدتها بالأشهر أو بالإقراء وتزوجت فأتت بولد بعد العدة لم يزد مكثه في بطنها على أربع أو خمس سنين من انقطاع وطء الأول ولم يبلغ ستة أشهر وما في حكمها من يوم وطء الثاني بأن وطئها الثاني قبل الخمس سنين بخمسة أشهر فأتت بولد على رأس الخمس سنين أو قبل تمامها بشهر أو شهرين فإن الولد يلحق بالأول حيًا أو ميتًا ويفسخ نكاح الثاني ويحكم له بحكم الناكح في العدة، وأولى يلحق به إذا لم تتزوج بغيره أو تزوجت قبل حيضة أو بعدها وأتت به لدون خمس سنين من وطئه ودون ستة أشهر من وطء الثاني، ومحل لحوقه به في الجميع ما لم ينفه عنه بلعان و إلا فلا يلحق به، ولا يضر المرأة إقرارها بانقضاء عدتها لأن دلالة الحيض على براءة الرحم أكثرية والحامل تحيض.

ومفهوم قوله: لم يبلغ أقله من وطء الثاني؛ أنه لو بلغ أقل الحمل من وطء الثاني بأن أتت به لستة أشهر وما في حكمها فأكثر من وطء الثاني لحق به لا بالأول.

ومفهوم قوله: لم يزد على أقصى أمد الحمل؛ أنه لو زاد أمد الحمل من وطء الأول ولم يبلغ أقله من وطء الثاني لم يلحق بواحد منهما وحدت، وفي المدونة: يعتبر الزيادة على أقصى الحمل ولو بشهر، واستبعده القابسي فقال: إن التقدير بالخمس سنين ليس بفرض من الله ورسوله حتى إن الزيادة عليها بشهر تقتضي الحد وعدم اللحوق، مع أن الذي نقل عن مالك أن أقصى الحمل ست سنين أو سبع، والخلف شبهة تدرء الحد، فهذا الاستشكال مفرع على أن أقصى أمد الحمل خمس سنين، وأما على أربع فلا إشكال هنا، ونقل «بن» أن المسألة مفروضة في المرتابة وأنها محل الاستبعاد والاستشكال، وأما غير المرتابة فتحد قطعًا.

واعلم أن الأصل ذكر ما تقدم في فرعين فأفاد «المص» أولهما بطريق المنطوق والثاني بطريق المفهوم كما أشرنا له بقولنا: ومفهوم قوله: لم يزد على أقصى الحمل

وصورة المفهوم وهو ما إذا زاد على أقصى الحمل من وطء الأول ولم يبلغ أقل الحمل من وطء الثاني إن تزوج قبل مضي الخمس سنين بأربعة أشهر فتلد بخمسة أشهر من وطء الثاني فإنه لا يلحق بواحد منهما، أما عدم لحوقه بالأول فلزيادته على الخمس سنين بشهر، وأما الثاني فلولادتها لأقل من ستة أشهر من وطئه.

● ص:

وإن ارتابت بحمل فأقصاه وهل أربع أو خمس خلاف إلا أن تزيد فحتى يزول.

● ش:

يعني: أن المعتدة إذا ارتابت أي شكت في الحمل بسبب إحساسها بحركته في بطنها فإنها تتربص أقصى أمد الحمل حتى تحل للأزواج، وهل أقصاه أربع سنين أو خمس؟ خلاف، ومحل تربص أقصاه فقط إذا لم ترد الريبة فإن زادت مكثت حتى تزول كما لو مات الولد في بطنها، ولها إن مات إنزاله بدواء.

ومفهوم قوله: إلا أن تزيد؛ أنها لو استمرت الريبة على حالها ولم تزد بأقصى أمد الحمل وهو أقرب الطريقتين، وقيل: تمكث حتى تزول الريبة.

ثم شرع في بيان عدة الحامل فقال:

● ص:

وعدة الحامل من طلاق أو وفاة وضع حملها كله ولو دمًا اجتمع.

● ش:

يعني: أن الحامل من مسلم أو كافر حرة أو أمة مسلمة أو كتابية تنقضي عدتها من وفاة أو طلاق بوضع حملها كله بعد الموت أو الطلاق ولو بلحظة لا بعضه، واحدًا كان أو متعددًا، فإن كان واحدًا فتحل بوضع باقيه، وإن كان متعددًا فبانفصال الآخر عنها، ولزوجها مراجعتها قبل خروج باقيه أو قبل خروج الآخر، فالمراد بحملها ما حملته ولو بقايا ما خرج منه فتخرج به من العدة، فإذا طلقها أو مات عنها حال الوضع فتحل بخروج الباقي ولا فرق بين أن يكون الباقي منه بعد الموت أو الطلاق هو الأقل والأكثر في أظهر الأقوال، بل يزداد بذلك شدة دمًا اجتمع وعلامة كونه حملًا أنه إذا صب عليه الماء الحار لا يذوب.

والحاصل: أنها إذا طلقت أو مات عنها بعد خروج بعضه فإنها تحل بخروج باقيه ولو قل؛ لدلالته على براءة الرحم، فإن شك هل خرج باقيه بعد الموت أو الطلاق أو قبلهما فالأحوط أنها تستأنف العدة.

وقوله: كله؛ احترز به عن ما إذا لم يخرج كله فإنها لا تحل ولو خرج ثلثاه خلافًا لابن وهب، ثم إن المعتدة تخرج من عدتها بوضع حملها كله إن كان ما وضعته مضغة فاعل بل ولو كان دمًا وحينئذٍ يسمى علقة، ومحل خروج الحامل من العدة بوضع الحمل إذا كان الولد يلحق بصاحبه العدة فلو كان من زنا فلا بد من أربعة أشهر وعشر في الوفاة والأقراء في الطلاق إن وضع قبل مضيها وإلا انتظرت الوضع، فالمدار على أقصى الأجلين وتحسب بالأشهر من يوم الوفاة وبالأقراء من يوم الوضع وتعد النفاس قرأ أول ولا تحتسب بما حاضته قبل النفاس زمن الحمل وإلى ذلك أشار بقوله:

• ص:

إلا أن ينتفي عنه بلا لعان فالأبعد منه ومن عدة غيرها.

• ش:

فاعل ينتفي ضمير الحمل، وضمير عنه للزوج صاحب العدة، وضمير منه لوضع الحمل، أي الأبعد من وضعه ومن عدة غيرها، أي عدة غير الحامل طلاقًا أو وفاة.

والمعنى: أن عدة الحامل وضع حملها إذا كان الحمل لاحقًا بالزوج ولو احتمالًا بأن كان لا ينتفي عنه أصلًا أو لا ينتفي باللعان، أما إذا كان ينتفي عنه بغير لعان كما إذا أتت به لدون ستة أشهر إلا خمسة أيام، أو كان قاصيًا حين الحمل، أو ادعته مغربية على مشرقي ونحو ذلك فإنها تعتد بالأبعد من وضعه ومن عدة غيرها طلاقًا أو وفاة، فإن وضعته أولًا وكانت عدتها عدة طلاق فلا تخرج من العدة إلا بثلاثة أقرؤ، وإن كانت عدة وفاة فالأبعد من تمام أربعة أشهر وعشرًا من يوم الوفاة وإن تمت الأقل والأشهر قبل وضعه فلا بد من انتظار الوضع فتعتد بأبعد الأجلين الوضع وعدة الطلاق أو الوفاة، ثم في الأول وبعد عدة الطلاق تحسب النفاس قروءًا وتضم له قرينة وتلغي حيضها وهي حامل كما تقدم.

وأما عدة الوفاة فلا أقراء فيها، وعدة النفاس قرء، هو قول ابن محرز، وحكى ابن رشد الاتفاق على ثلاث حيض بعد الوضع ولا تعد النفاس قرء، فلذا نظر عياض في قول ابن محرز ثم إن قوله: إلا أن ينفي عنه بلا لعان سياقه في ذي عدة، أي في حمل تعتد صاحبته بأن كان في عدة نكاح سابق أو شبهة نكاح.

أما الحمل من زنا إذا كانت صاحبته في غير عدة فوضعه استبراؤه قطعًا فإذا كانت حاملًا من زنا وهي غير معتدة فاستبراؤها بوضع حملها فلا يندرج الحمل من الزنا في عموم ما ينتفي بلا لعان كما قد يقوم لأن موضوع الكلام في العدة وهذا استبراء وهذا القول وهو قوله: إلا أن ينفي... إلخ، يفيده الخرشي ووافقه عليه العدوي وأيده بنقل ابن عرفة فلا عبرة بما يخالفه من كلام «عب»، ولكن «المص» أطلق في باب التداخل الآتي اتكالًا على ما هنا، هذا مفاد «الش» و«حش».

• ص:

وإن مات عن الرجعية انتقلت للوفاة واعتبر رقيقها وحريتها حين النظر.

• ش:

يعني: أنه إذا مات زوج المطلقة طلاقًا رجعيًا أثناء عدتها فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة حرة أو أمة لأن الرجعية زوجة ما دامت في العدة والموت يوجب عدة واعتبرت رقيقها وحريتها وقت انتقالها لعدة الوفاة، فإذا طلقت الأمة طلاقًا رجعيًا فأعتقها سيدها ثم مات زوجها المطلق فإنها تنقل لعدة الحرة لأن الموجب وهو الموت لما نقلها صادفها حرة فتعتد عدة حرة للوفاة بعد أن كانت عدتها قرءين هما عدة الأمة للطلاق، فالموت ناقل للرجعية لأنه يوجب عدة بخلاف العتق فلا ينقل، فإذا كانت الأمة معتدة من طلاق أو وفاة فتعتق في العدة فلا ينقلها العتق لعدة حرة بل تستمر على عدتها لأن العتق لا يوجب عدة.

وبعبارة: إذا مات زوج الرجعية قبل انقضاء عدتها انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة وانهدمت العدة الأولى فتعتد الحرة بأربعة أشهر وعشرة أيام، والأمة بشهرين وخمسة أيام، وتعتبر رقيقتها وحريتها حين انتقالها من عدة الطلاق لعدة الوفاة، فإذا كانت حين النقل حرة استأنفت عدة بأربعة أشهر وعشر، وإن كانت

رقيقة اعتدت بشهر وخمس، واحترز بالرجعية من البائن فإنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة إذا مات زوجها أثناء عدتها بل تستمر على عدة الطلاق بالأقراء.

● ص:

والكتابية تحت مسلم تعتد كالمسلمة وتحت ذمي وتحاكموا وأراد مسلم نكاحها تعتد كالمطلقة ولو من وفاة.

● ش:

يعني: أن الذمية إذا كانت تحت مسلم فعدتها من طلاقه أو وفاته كعدة المسلمة طلاقًا ووفاةً، فتعتد أربعة أشهر وعشر من وفاته دخل بها أو لا، وعلى ثلاثة أقراء من طلاقه إن دخل بها وإن كانت حاملًا اعتدت بوضع الحمل، والمرتابة سنة، والصغيرة والآيسة والبغلة ثلاثة أشهر، وإنما جعلت كالمسلمة في ذلك إما لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ...﴾ [البقرة:٢٣٤] الآية، وإما لأنه حكم بين مسلم وكافر، وما هذا شأنه فيغلب فيه المسلم على الكافر، وإن لم يدخل بها فلا عدة عليها في الطلاق.

وأما إن كانت الذمية تحت ذمي ومات زوجها أو طلقها وقد دخل بها وهي غير حامل وتحاكموا إلينا وأراد مسلم أن يتزوجها فإنها تعتد كالمطلقة ولو كانت معتدة من وفاة فتعتد بثلاثة أقراء إن كانت من ذوات الحيض وإلا فثلاثة أشهر وإن لم يكن دخل بها حلت مكانها ولو في الوفاة، واحترزت بغير الحامل من الحامل، فإن عدتها وضع حملها كما مر، وإنما جعلنا عدة الكتابية تحت الذمي كالمطلقة وإن كانت معتدة من وفاة إجراءً لنكاح الكفار مجرى المتفق على فساده كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

كالمجمع على فساده.

● ش:

هذا شروع منه رحمه الله تعالى في عدة الوفاة وبدأ منها بعدة النكاح المجمع على فساده كالخامسة والمحرم.

يعني: أن النكاح الفاسد المجمع على فساده تعتد فيه الزوجة المتوفى عنها عدة المطلقة فتعتد بثلاثة قروء إن كانت حرة وبقرءين إن كانت أمة، وإن كانت صغيرة أو آيسة أو بغلة فثلاثة أشهر، وإن كانت مرتابة فبسنة، وإن كانت حاملًا فعدتها وضع حملها، وإن كانت غير مدخول بها فلا عدة عليها.

● ص:

وعلى الحرة في وفاة غيره أربعة أشهر وعشر.

● ش:

الضمير في غيره للمجمع على فساده وغيره هو الصحيح، والمختلف فيه تقدم أن المجمع على فساده تعتد فيه الزوجة المتوفى عنها عدة المطلقة، وذكر هنا أنه إذا كان النكاح غير مجمع على فساده بأن كان صحيحًا أو مختلفًا في فساده فإن المتوفى عنها إذا كانت حرة تعتد بأربعة أشهر وعشر سواء كان الزوج حرًّا أو عبدًا صغيرًا أو كبيرًا دخل بها أو لا، كانت هي صغيرة أو كبيرة مسلمة أو ذمية في العصمة أو رجعية، فتنقل الرجعية إلى عدة الوفاة كما مر، والمراد الليالي بأيامها، وإنما أتت عشر إما لأن المراد عشر مدد كل مدة يوم وليلة، أو تغليبًا لليالي على الأيام لسبقها عليها، فلو تزوجت بعد عشر ليالي فسخ على هذين القولين وإليه ذهب الشافعي ومالك والكوفيون.

وجعلت العدة أربعة أشهر لأن بها يتحرك الحمل وزيدت عليها العشر لأنها قد تنقص الأشهر أو تبطئ حركة الجنين، وقيل: إنما أتت العشر لأن المراد الليالي دون الأيام فعليه لا يفسخ العقد عليها إذا وقع بعد أربعة أشهر وعشر ليال وذهب إليه الأوزاعي من الفقهاء وأبو بكر الأسمر من المتكلمين، وروي أن ابن عباس قرأ أربعة أشهر وعشر لياليّ.

وبعبارة: إنما حذفت التاء من عشر لأن المراعى في التاريخ الليالي كما ذكره ابن مالك في كافيته مع علته:

وراع في تاريخك الليالي   لسبقها بليلة الهلال

والليالي مؤنثة فيذكر معها العدد إلا إن حذف المعدود أو قدم فيجوز تذكيره

وتأنيثه نحو: رجال عشر وعشرة، ونساء عشر وعشرة، وخرج بالحرة الأمة فعدتها على النصف من الحرة كما يأتي.

ثم استثنى مما ذكره قوله:

● ص:

إلا مدخولاً بها لم يؤمن حملها وتأخر حيضها لغير رضاع فحتى تحيض أو تتم تسعة، فإن زادت ريبتها فأقصى الحمل، فإن جزم به فحتى تضع.

● ش:

يعني: أن عدة الحرة المتوفى عنها في النكاح الصحيح والمختلف فيه أربعة أشهر وعشرًا إلا إذا كانت مدخولًا بها لم يؤمن حملها بأن كانت كبرت وزوجها بالغ غير مجبوب ونحوه وتأخر حيضها عن عادته لغير رضاع كمستحاضة لم تميز أو مريضة أو تأخر بغير سبب فلا تخرج من العدة حتى تحيض أو تتم لها تسعة أشهر، فإن زادت عنها الريبة حلت وإن زادت ريبتها انتظرت رفعها أو أقصى أمد الحمل، فإن بلغت أقصاه ولم يجزم بحملها حلت ولو مع بقاء الريبة، وإن جزم بحملها فلا تحل حتى تضع الحمل.

واحترز بالمدخول بها من غير المدخول بها قبل الموت فإنها تحل بمضي أربعة أشهر وعشر من غير تفصيل لأنها إنما كانت تنتظر الحيضة إن دخل خشية الحمل ولا حمل هنا.

واحترز بغير مأمونة الحمل ممن يؤمن حملها لصغر أو بأس أو صغر الزوج أو جبه، ونحو ذلك، فإنها تعتد بأربعة أشهر وعشر فقط.

واحترز بغير رضاع مما إذا تأخر لرضاع فإن تأخره له كحصوله، أي كحصول الحيض بالفعل.

والحاصل: أن غير المدخول بها تعتد في الوفاة بأربعة أشهر وعشر من غير تفصيل وتأخير حيض أو مجيئه.

وكذلك المدخول بها التي يؤمن حملها إما من جانبه كالصغير ومن لا يولد له، وإما من جانبها كاليائسة والصغيرة، وكذا من لا يؤمن حملها إذا كانت عادتها أن تتم

الأربعة أشهر وعشر قبل مجيء حيضتها أو كانت لا تتمها قبل مجيء الحيض وأتاها فيها أو تأخر لرضاع، وأما إن تأخر لمرض أو لغير علة أو لم تميز فتنتظرها، أو تمام تسعة أشهر فإن زادت على رِيبتها فأقصى الحمل، فإن جزم بالحمل فلا تحل حتى تضع.

● ص:

وعلى ذات الرق نصفه إلا أن لا تحيض المدخول بها غير المأمونة فحتى تحيض أو تتم ثلاثة أشهر وإن ارتابت بحس فالحيض أو تسعة.

● ش:

قوله: نصفه، أي نصف الزمن المتقدم للحرة، يعني: أن عدة ذات الرق ولو شائبة في الوفاة نصف عدة الحرة فهي شهران وخمس ليالي بأيامها، سواء كانت مدخولًا بها أو لا، كبيرة أو صغيرة، كان الزوج حرًا أو عبدًا، إنما يكتفي بالشهر وخمس ليال إذا كنت صغيرة أو آيسة أو شائبة لم ترض الحيض أصلًا أو كانت من ذوات الحيض ورأته في المدة المذكورة ولو مدخولًا بها في الجميع للأمن من حملها فإن كانت غير مأمونة في الحمل بأن كانت كبيرة من ذوات الحيض مدخولًا بها والزوج بالغ غير مجبوب ونحوه ولم تحض في المدة المذكورة لعادة أو مرض أو رضاع أو بلا سبب فلا تحل حتى تحيض أو تتم ثلاثة أشهر، بل رجح أنه إذا تأخر بلا سبب تتم تسعة أشهر، وإلى ذلك أشار بقوله: إلا أن تحيض المدخول بها غير المأمونة فحتى تحيض أو تتم ثلاثة أشهر، وإن ارتابت بعد ذلك بحس بطن، أي بسبب إحساسها بحركة الحمل في بطنها فلا تحل إلا بالحيض، أو تسعة أشهر، فإن بقيت الريبة انتظرت زوالها أو أقصى أمد الحمل، فإن مضى أقصاه حلت إلا أن تجزم بالحمل فلا تحل إلا بوضعه.

ومفهوم: أن لا تحيض؛ أنها إن حاضت في الشهرين وخمس ليال كانت عدتها شهرين وخمس ليال بلا زيادة على ذلك.

ومفهوم المدخول بها؛ أن لو كانت غير مدخول بها كانت عدتها ما ذكر حاضت أو لا.

ومفهوم غير المأمونة؛ أن المأمونة من الحمل لصغر أو يأس أو لصغر الزوج أو جبه ونحوه عدتها ما ذكر مدخولًا بها أو لا، وهذه المفاهيم الثلاثة هي ما قابل إلا كما قررنا أولًا.

تنبيه:

إذا وضعت المرأة حملها بعد موت زوجها ولو بلحظة فإنه يجوز لها أن تغسله ويقضي لها بذلك، ولو تزوجت غيره، والجواز فيما إذا تزوجت معناه عدم الحرمة فلا ينافي الكراهة، وكذا يكره له أن غسلها إن تزوج أختها بعد موتها، ذكره الأصل وشراحه، وتركه «المص» اتكالًا على ما سبق في الجنائز.

● **ص:**

وإن طرئ عتق لم تنقل لعدة الحرة.

● **ش:**

يعني: أن الأمة إذا كانت معتدة من وفاة أو طلاق فعتقت أثناء العدة فإنها لا تنقل عن عدة الطلاق التي هي قرءان ولا عن عدة الوفاة التي هي شهران وخمس ليال إلى عدة الحرة التي هي ثلاثة أقراء في الطلاق وأربعة أشهر وعشر في الوفاة لأن الناقل عند مالك ما أوجب عدة أخرى، والعتق لا يوجب عدة أخرى، ولهذا لو مات المطلق طلاقًا رجعيًا أثناء عدتها انتقلت إلى عدة الوفاة كما مر؛ لأن الموت يوجب عدة.

تنبيهان:

الأول: إذا أسلمت ذمية بعد البناء ومكثت تستبرئ منه وقلنا يكون زوجها أحق بها إن أسلم في عدتها فمات كافر قبل تمام الاستبراء فإنها تستمر على الاستبراء بثلاثة أقراء ولا ينقلها موت الزوج لعدة الوفاة لأنها في حكم البائن، أما لو أسلم ثم مات فإنها تستأنف عدة الوفاة كما في «خ».

الثاني: إذا أقر شخص في صحته إنه طلق زوجته طلاقًا بائنًا أو رجعيًا متقدمًا على وقت إقراره ولا بينة له بذلك فإنه يلزمه إقراره بالطلاق ولا يقبل منه التاريخ المتقدم لأنه يتهم على إسقاط العدة وهي حق لله فتستأنف المرأة العدة من يوم

إقراره بالطلاق فإن كانت له بينة فالعدة من الوقت الذي أسندت البينة الطلاق فيه، وعند عدم البينة إذا ماتت الزوجة لم يرثها الزوج إن انقضت العدة على دعواه لأنها صارت أجنبية على مقتضى دعواه ولا رجعة له عليها إن كان الطلاق رجعيًا لأنها قد خرجت من العدة، وأما هي فترثه إن مات في العدة المستأنفة حيث كان الطلاق المقر به رجعيًا ولم تصدقه، فإن كان الطلاق المقر به بائنًا لم يتوارثا بحال، وإنما لم يرثها إذا انقضت على دعواه وورثته في العدة المستأنفة لأن المكلف يرى إقراره على نفسه ولا يتعداه إلى غيره، فلو انقضت العدة المستأنفة فلا توارث بينهما، ذكر ذلك في الأصل وشراحه، ولم يذكره «المص» استغناء عنه بما تقدم في الخلع، ولذا قال «الش»: وسبق في الخلع ما في الإقرار والشهادة بالطلاق.

● ص:

ورجع بما انقضت المتوفي عنها قبل علمها كالوارث لا المطلقة ما لم يخبرها عدلان.

● ش:

الأحسن قراءة رجع بالبناء للمفعول لأن الذي يرجع من انتقلت له التركة من وارث أو غريم، ويصح أن الكاف في كالوارث بمعنى مثل، فاعل رجع، والأحسن أنه تشبيه في الرجوع عليها كأن يكون الوارث نفقته واجبة على الميت من ابن أو أب فأنفق على نفسه من مال الميت بعد موته وقبل علمه بموته فيرجع على بقية الورثة بما أنفقه.

وقوله: لا المطلقة؛ مخرج من الرجوع.

والمعنى: أن المتوفى عنها إذا أنفقت على نفسها من مال زوجها قبل علمها بموت زوجها فإنه يرجع عليها الوارث أو الغريم بمجرد الموت ولو لم يعلم بموته وكذلك الوارث إذا أنفق على نفسه شيئًا من مال مورثه بعد موته وقبل علمه بالموت فإنه لا يختص به وترجع بقية الورثة عليه به لأن مال الميت صار لجميع الورثة لا يختص به واحد دون غيره، وهذا بخلاف المطلقة إذا أنفقت على نفسها شيئًا من مال زوجها قبل علمها بالطلاق فإنه لا يرجع عليها به لعذرها بعدم علمها بالطلاق،

وهو مفرط في عدم إعلامها بالطلاق، بل ترجع عليه بما أنفقت ولو تسلفته من غيرها أو أخذته من مالها، ومحل عدم الرجوع عليها ما لم يخبرها عدلان بطلاقها بائنًا بأن لم تعلم أصلًا، وأخبرها عدل واحد وامرأتان، فإذا أخبرها بطلاقها البائن عدلان رجع عليها بما أنفقته من ماله ولا يغرم لها ما تسلفته أو أنفقته من مالها.

ولما كانت الأمة قد يجتمع عليها موجبان لمنع النكاح وهما العدة والاستبراء لنقل الملك بيَّن ما يبرئها منهما بقوله:

● **ص:**

وإن أشريت معتدة وجب استبراؤها وتداخل معه العدة.

● **ش:**

يعني: أن الأمة إذا كانت معتقدة من طلاق أو وفاة فاشتريت من سيدها فإنه يجب على المشتري استبراءها على ما سبق من حيض أو أشهر فتستبرئ بحيضة إن كان شأنها الحيض ولم ترتب وثلاثة أشهر إن كانت صغيرة أو بغلة أو آيسة، وبسنة إن ارتابت، وبتداخل الاستبراء مع العدة فتنتظر الأقصى منهما لتحل به.

فإذا كانت ممن تحيض ولم يحصل بها ريبة حلت إن مضى قرءان للطلاق، وحيضة للشراء، فإن اشتريت قبل أن تحيض شيئًا من عدة الطلاق حلت للمشتري بقرءين عدة الطلاق ودخل فيهما قرء الاستبراء.

وإن اشتريت بعد مضي قرء منهما حلت منهما بالقرء الباقي، أو بعد مضي القرءين حلت من الشراء بحيضة ثالثة، هذا إذا لم ترتفع حيضتها أما إن اشتراها فارتفعت حيضها أي تأخرت لغير رضاع حلت للمشتري بأقصى الأجلين مضى سنة للطلاق عدة المسترابة وثلاثة أشهر من يوم الشراء، أي استبراءها له، أي للشراء، فإن اشتريت بعد تسعة أشهر من طلاقها حلت بمضي سنة من يوم الطلاق، وبعد عشرة أشهر فبمضي سنة وشهر وبعد أحد عشر شهرًا فبمضي سنة وشهرين من يوم الطلاق وبعد سنة بثلاثة أشهر بعد الشراء.

وأما من تأخر حيضها لرضاع فلا تحل إلا بقرءين، والصغيرة والبغلة والآية إن اشتريت يوم طلاقها حلت منهما بثلاثة أشهر، وإن اشتريت بعد الطلاق بشهر أو

شهرين فكذلك تحل منهما بثلاثة أشهر لدخول ما بقي من العدة في زمن الاستبراء وإن اشتراها وهي معتدة من وفاة فكذلك لا تحل إلا بأقصى الأجلين وهما شهران وخمس ليال عدة وفاة، وحيضة الاستبراء إن لم تسترب أو ثلاثة أشهر إن تأخرت حيضتها فانتظرت الحيضة إن مضى الشهران وخمس ليال قبلها وتمامهما إن حاضت قبل التمام فإن ارتابت تربصت أشهر من يوم الشراء.

ولما ذكر أقسام العدة وكان الإحداد من متعلقات عدة الوفاة ذكره «المص» هنا وهو مأخوذ من العد وهو المنع، يقال: حددت الرجل من كذا إذا منعته ومنه الحدود الشرعية لأنها تمنع من ارتكاب المحظورات، ويقال للبواب: حداد، وهو كما قال ابن عرفة: ترك ما هو زينة ولو مع غيره فيدخل ترك الخاتم فقط للمبتذلة فقوله: ولو مع غيره مبالغة، أي إن ترك الإحداد ما هو زينة وحده كثوب الزينة بل ولو كان زينة مع غيره فيدخل في ذل الخاتم فقط ولو لامرأة مبتذلة ولا زينة لها فيجب عليها نزعه ولو حديدًا، وقال «دك»: هو ترك المرأة الزينة مدة عدة الوفاة، وقد أشار لذلك «المص» فقال:

● ص:

ووجب على الكبيرة وولي الصغيرة في الوفاة كالمفقود ترك التزين بالمصبوغ ولو دكن إن وجد غيره.

● ش:

يعني: أنه يجب على المرأة الكبيرة في عدة الوفاة دون الطلاق ترك التزين بالمصبوغ من الثياب حريرًا كان أو كتانًا أو قطنًا أو صوفًا ولو كان المصبوغ أدكن بدال مهملة وهو رديء الحمرة، أي فوق الحمرة دون السواد، ومحل وجوب ترك التزين بالمصبوغ إن وجد غيره ولو ببيعه واستخلاف غيره وإلا فلا يحرم، وأما الصغيرة يجب على وليها أن يجنبها ما تجتنبه الكبيرة وإنما تعلق الخطاب بوليها لأن الوفاة سبب للإحداد فهو من باب خطاب الوضع ودخل في الكبيرة الأمة والكتابية إذا مات عنها زوجها المسلم.

وقوله: كالمفقود؛ تشبيه في وجوب الإحداد على زوجته؛ يعني: أن المفقود الذي

غاب وانقطع خبره إذا حكم عليه بالموت فإن زوجته تعتد عدة الوفاة لأنه ميت حكمًا ويجب عليها ترك التزين إن كانت كبيرة وعلى وليها إن كانت صغيرة، وإنما شرع الإحداد لأنه يمنع تشرف الرجال إليهما لأنها إذا تزينت يؤدي إلى التشوف لها وهو يؤدي إلى العقد عليها في العدة وهو يؤدي إلى الوطء وهو يؤدي إلى اختلاط الأنساب وهو حرام، وما أدى إلى الحرام حرام.

وأما المطلقة رجعيًا أو بائنًا بالثلاث ودونها فلا إحداد عليها لأن الزوج باق ندب عن نفسه إن ظهر بها حمل، وأيضًا المطلق أعرض عنها باختياره فلم يشدد عليها لأجله بخلاف الموت فإنه أمر سار به للقبر قهرًا، وعند الحنفية الإحداد للحزن على نعمة النكاح ولذا يكون في الطلاق البائن عندهم لا الرجعي لأنه لا يمنع الاستمتاع عندهم حتى إن له عندهم وطء الرجعية ويكون وطئها رجعة من غير احتياج إلى نية.

● ص:

والحلي ولو خاتم حديد لممتهنة.

● ش:

عطف على المصبوغ والممتهنة بفتح الهاء الخسيسة المحتقرة المبتذلة؛ يعني: أنه يجب عليها أيضًا ترك التزين بالحلي ولو خاتم حديد لامرأة مبتذلة كما تقدم في التعريف وأولى غير الحديد كالجوهر والذهب والفضة لغير المبتذلة فيحرم عليها التزين بالأساور والخلاخل والقرط ونحوه فيجب عليها نزعه عند طروء العدة.

قال «خ»: وأخذ من هذا جواز ثقب أذن المرأة للبس القرط، ويؤيده أن سارة حلفت لتمثلن بهاجر، فخفضتها وثقبت أذنيها بأمر الخليل.

● ص:

وملابسة الطيب والادهان والحناء والكتم والحمام والنورة والاكتحال إلا لضرورة ومسحه نهاراً إن كان مطيباً.

● ش:

يعني: أنه يجب عليها ترك ملابسة الطيب فلا تمسه ولا تحمله لأن ذلك في

معنى الطيب ولا تتجر فيه وإن لم يكن لها صنعة غيره إذا كانت تباشر مسه بنفسها وإلا فلا منع، وإنما منع الطيب والحلي لأن فيهما داعية إلى النكاح وتهييج الشهوة.

وكذا يجب عليها ترك الادهان بالمطيب في شعر أو بدن، وأما غير المطيب فلها أن تدهن به كالزيت والشيرق ونحوه ما لا طيب فيه، والشيرق بكسر الشين المعجمة وآخره قاف، ويقال: سيرج بالجيم بدل القاف وهو دهن السمسم.

وكذا يجب عليها ترك التزين بالحناء بالمد فلا تمشط به، ولا شيء فيه طيب، ولا بكتم بفتحتين وهو صبغ أسود يصبغ به الشعر يذهب حمرته ولا يسوده.

والحاصل: أنه يحرم عليها الخضب بالحناء في شعر أو بدن ويحرم عليها خضب الشعر بالكتم.

وكذا يحرم عليها دخول الحمام وأن تطلي جسدها بالنورة، قال مالك: لا بأس أن تحضر العرس ولا تتهيئ فيه بما لا يلبسه الحاد ولا تبيت إلا في بيتها. زاد غيره: لا بأس أن تنظر في المرآة وتختم وتقلم أظافرها وتنتف إبطها.

وكذا يحرم عليها الاكتحال إلا لضرورة فلا بأس به ليلًا وإن بطيب ويجب عليها أن تمسحه نهارًا إن كان مطيبًا، وغير المطيب لا تمسحه، وقوله: إلا لضرورة راجع لمسألة الاكتحال، وأرجعه بعضهم في كلام الأصل للحمام والنورة أيضًا.

● ص:

ولها الاستحداد والزيت والسدر والأسود إلا أن يروق بياضها.

● ش:

يعني: أنه يجوز للمتوفى عنها الاستحداد، أي حلق عانتها بالحديد وإن كان زينة لكنه لم يظهر، ولها الادهان بالزيت الغير المطيب كما مر، وكذا يجوز لها أن تمتشط بالسدر ونحوه مما لا يختم في رأسها، وكذا يجوز لها غسل جسدها بالسدر، وكذلك يجوز لها لبس الأسود من الثياب إلا أن يروق بياضها أي يخلص ويصفوا بأن تكون رائقة البياض ناصعة فيه فلا يجوز لها لبس المصبوغ الأسود لأنه حينئذٍ زينة لها فيحرم إذا كان زينة قوم كأهل مصر القاهرة وبولاق فإنهن يتزين في

خروجهن بالحرير الأسود.

في رسالة لبعض الأدباء سماها «الشفاء في بديع الاكتفاء»: ابن عبد الله بن جندب ذُكِرَ عند المهدي فاستظرفه فسئل عما استظرفه منه فقال: قدم تاجر المدينة بضاعات فباعها كلها إلا أخمرة سود كسدت عليه فعزم التاجر أن يرجع بها لكسادها فقال له ابن جندب: ما تعطيني إن أنا نفقتها لك؟ فقال: جميع الربح، فقال ابن جندب: لا ولكنني أقنع بنصفه، فذهب ابن جندب ونظم بيتين:

قل للمليحة في الخمار الأسود ماذا صنعت بزاهد متعبد

قد كان شمر للصلاة ثيابه حتى وقفت له بباب المسجد

وصنع له عود ومغناة وغنى إنشادهما في أزقة المدينة فلم تبق امرأة إلا طلبت خمارًا أسودًا حتى طلب خمار بزنته ذهب فلم يوجد، وشاهد «الاكتفاء» في قوله: حتى وقفت... إلخ، أي فترك ما هو فيه لأجلك أو نحو ذلك، فاكتفى عن التصريح بما ذكر. أفاده «حش».

* * *

[وصل في المفقود وما يتعلق به]

ولما أنهى الكلام على العدة وكان سببها أمرين طلاقًا ووفاةً شرع فيما يحتملهما وهو عدة امرأة المفقود في بعض صورها، فقال:

● **ص:**

وصل.

● **ش:**

في ذكر المفقود وأقسامه وما يتعلق به.

● **ص:**

لزوجة المفقود الرفع للقاضي والوالي ووالي الماء وإلا فلجماعة المسلمين.

● **ش:**

يعني: أن لزوجة المفقود في بلاد الإسلام حرًا كان أو عبدًا، كبيرًا أو صغيرًا، كانت مدخولًا بها أو لا، صغيرة أو كبيرة، حرة أو أمة، أن ترفع أمرها إلى القاضي أو الوالي أو والي الماء ليكشف لها عن أمر زوجها إن وجد واحد منهم في بلدها غير جائز يأخذ مالًا منها، فإن لم يوجد واحد ممن ذكر فترفع أمرها لجماعة المسلمين من صالحي بلدها، ولها أن لا ترفع وترضى بالمقام معه في عصمته حتى يتضح أمره أو تموت.

وظاهر كلامه أن الثلاثة في مرتبة واحدة فهي مخيرة في الرفع لأحد الثلاثة ولكن القاضي أضبطه وهو ما في الخرشي، واستبعد الشيخ العدوي القول بأن الترتيب بين الثلاثة واجب غير شرط لأنه لا معنى للوجوب مع حصول الغرض بأيهم، والقول بالوجوب قال به «دك» وعبارته النقل أنها إذا أردت الرفع ووجدت الثلاثة وجب للقاضي، فإن رفعت لغيره حرم عليها، وصح، وإن رفعت لجماعة المسلمين مع وجود القاضي بطل، فإن لم يوجد قاض فتخير فيهما، فإن رفعت لجماعة المسلمين مع وجودهما فالظاهر الصحة. اهـ.

والوالي حاكم السياسة كالباشا ويسمى قاضي الشرطة، أي السياسة وأولى الماهر

الساعي الذي يخرج عند اجتماع المواشي على المياه لأخذ الزكاة وجماعة المسلمين، قال «عب»: الواحد منهم كاف، واعترضه ولده بأن «عج» رد كفاية الاثنين فضلًا عن الواحد وقال: إن التحقيق أن أقل الجمع ثلاثة.

والمفقود من فَقَد بالفتح يفقِد بالكسر فقدانًا بالكسر والضم، فيقال: فقدت المرأة زوجها فهي فاقد بلا تأنيث، والمفقود هو الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم له خبر، والمراد به هنا المفقود في بلاد الإسلام بدليل ما يأتي.

وقوله: المفقود؛ أي الذي له مال بدليل قوله: إن دامت نفقتها ولا شرط لزوجته، وأما التي لها شرط كقوله: إن غبت عنك فأمرك بيدك فأخذها بالشرط أحسن كان له مال أو لا، وأما الذي لا مال له ولا شرط لها فتطلق لعدم النفقة.

وعلم من قوله: المفقود؛ الغيبة أي غيبة الزوج، وعلم من قوله: إن دامت نفقتها؛ الزوجية والبقاء في العصمة، فالأمور الثلاثة التي تثبتها الزوجية عند القاضي مأخوذة من كلامه رحمه الله، وخرج بالزوجة أم الولد وما في حكمها كما في «خ».

ثم فرع على ما تقدم قوله:

● ص:

فتؤجل أربع سنين من العجز عن خبره.

● ش:

يعني: أن المرأة المفقود زوجها إذا رفعت أمرها للقاضي أو لمن ذكر معه فإنه يكلفها أن تثبت الزوجية وأن زوجها غائب وأنها باقية في عصمته إلى غيبته، ثم بعد ذلك يسأل الحاكم من معارف زوجها وجيرانه وأهل سوقه، ثم يرسل إلى البلد التي يظن أنه خرج إليها ويكتب في كتابه صفة زوجها وحرفته واسمه واسم أبيه، فإذا عاد إليه العجز بعد معرفة موضوعه ضرب لها الأجل وهو أربعة أعوام، والتحقيق أنه قدر الأجل تعبدي لفعل عمر، وأجمع الصحابة عليه، وقيل: لأنها غاية أمر الحمل أو لأنها أقصى ما ترجع فيه المكاتبات في بلاد الإسلام ذهابًا وإيابًا، وعلله بعضهم بالجهات الأربع لكنه يقضي التسوية بين الحر والعبد.

وبعبارة: يبتدأ الأجل من حين العجز عن خبره، فالأول يفتش عليه في البلاد

وبحسب الطاقة بأن يبحث عنه في الأماكن التي يظن ذهابه إليها من البلدان فيرسل الحاكم رسولًا بكتاب لحاكم تلك الأماكن يشتمل على صفة الرجل وحرفته ونسبه ليفتش عنه فيها، فإذا عجز عن خبره ضرب لها الأجل وهو أربعة أعوام للحر ونصفها للعبد كما يأتي، فإذا تم الأجل اعتدت عدة وفاة ثم تزوجت إن شاءت، وأجرة الرسول الذي يبعث على المرأة، وقيل: من بيت المال، وقيل: إن كان لها مال فالأول وإلا فالثاني.

تنبيه:

نقل المشذالي عن السيوري: أن المفقود اليوم ينتظر به مدة التعمير لعدم من يبحث عنه الآن، وأقره تلميذه عبد الحميد كما في البدر.

• ص:

إن دامت نفقتها ولم تخف زنا.

• ش:

يعني: أنه يشترط في ضرب الأجل المتقدم أن تدوم نفقة المفقود عليها من ماله في الأجل، وأن لا تخشى على نفسها الزنا، وإلا عجل عليه بالطلاق لعدم النفقة أو خشية الزنا، وكذا إذا كان له مال لا يكفي في جميع الأجل فإنها تطلق عليه قبل الأجل وبعد فراغ ماله، وسواء المدخول بها ومن فرض لها قبل ذلك كما في «خ».

• ص:

وللعبد نصفها.

• ش:

يعني: أن الأجل في حق الزوج العبد المفقود نصف الأربع سنين التي للحر وهو سنتان كما في الإيلاء والاعتراض.

• ص:

وسرى على بقية أزواجه.

• ش:

فاعل سرى ضمير الأجل، يعني: أنها إذا أقامت زوجة من زوجات المفقود

وضرب الحاكم لها أجلًا بعد البحث عن خبره فإن ضرب الأجل لها ضرب للباقي فيسري الأجل لبقية الزوجات وإن لم يرفعن للحاكم ولو أبين من كون الضرب لمن قامت ضرب لهن وطلبن ضرب أجل آخر لأجل الفراق فلا يضرب لهن أجل مستأنف بل يكفي أجل الأولى ما لم يخترن المقام معه فإن اخترنه فلهن ذلك وتستمر لهن النفقة، وهذا معنى قول «الش»: فلا يبتدئ لمن طلب منهن الفراق أجلًا بعد، أي بعد الضرب للأولى.

● ص:

ثم إن طلبت الفراق اعتدت كلوفاة ولا نفقة لها في العدة.

● ش:

أي: ثم بعد ضرب الأجل الكائن بعد العجز عن خبره إن طلبت الزوجة الفراق تعتد كعدة الوفاة الحرة بأربعة أشهر وعشر، والأمة بشهرين وخمس ليال على ما تقدم ولو غير مدخول بها لأنه يقدر موته فلا نفقة لها في العدة بخلاف الأجل فإن تبين تقدم موته ردت ما أنفقت بعد الوفاة، وكذلك الورثة.

وبعبارة: لا نفقة لزوجة المفقود إذا شرعت في العدة لأن المتوفى عنها لا نفقة لها، وهنا إنما تعتد للوفاة ولو حاملًا. ومفهوم طلبت الفراق؛ أنها إذا طلبت البقاء في عصمته بعد الأجل كان لها ذلك وتستمر لها النفقة من ماله.

● ص:

ولا تحتاج لإذن فيها.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا انقضى أجلها فلا تحتاج لإذن الإمام في العدة ولا في الزواج بعدها لأن أذنه حصل بضرب الأجل أولًا.

● ص:

ولا تجاب فيها للبقاء ولها المهر إن لم يدخل.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا شرعت في العدة بعد الأجل ثم طلبت في العدة البقاء على

عصمة زوجها المفقود فإنها لا تجاب للبقاء على المعتمد؛ لأنه لما مضى بعض العدة ووجبت عليها العدة والإحداد فليس لها أن تسقط ما وجب عليها باختيارها، وقيل: لها البقاء ما لم تنقض العدة وتحل للأزواج، وأما بعد فراغها فلا تجاب اتفاقًا، كما أنها في الأجل لها البقاء اتفاقًا، ولزوجة المفقود المهر كاملًا إن دخل بها قبل فقده بل وإن لم يدخل كالميت وكالمعترض بعد التلوم له.

• ص:

وقدر طلاق يتحقق عند دخول الثاني.

• ش:

يعني: أن زوجة المفقود إذا شرعت في العدة فإنه يقدر لها طلاق من المفقود حين الشروع في العدة يفيتها عليه ويتحقق وقوع ذلك الطلاق المقدر في أول العدة عند دخول الزوج الثاني لأن دخول الثاني بها هو الذي يفيتها على الأول حقيقة كما يأتي حتى لو جاء الأجل قبل دخول الثاني كان أحق بها، وبعد الدخول بانت من الأول، وتأخذ منه جميع المهر وإن لم يكن دخل بها كما مر.

وبتقدير هذا الطلاق قبل صادق عقد الثاني محلًا كما في «الش» ومراده بالتقدير التقدير الشرعي الذي ينبني عليه الأحكام لا التقدير الفرضي كما قال الفقهاء يفرضون المحال.

فلذا قيل: معنى قولهم: يتحقق عند دخول الثاني؛ أن دخوله كاشف لتحققه فقط وأصل وقوعه سابق حين إرادة العدة فاندفع ما في «عب» من الإشكال وهو أن الطلاق غير جار على الأصول لوقوعه بدون الثاني وهي عصمته ولأن العدة قبل وقوعه ولا نظير له.

وحاصل الجواب أن قولهم: يتحقق بدخول الثاني معناه: أن دخول الثاني كاشف لتحققه فقط، وأما أصل وقوعه فسابق عند إرادة العدة، قال: وأشكل تقدير هذا الطلاق بأنه لا وجه له مع تقدير موته وعدتها عدة وفاة، ثم إن المراد بدخول الثاني في خلوته ولو أنكر التلذذ تنزيلًا لمظنة منزلة الميتة لكن تحرم على الثاني لأنه أقر أنها زوجة الأول ولم تحل للأول لظهور الإفاقة إلا أن يخطبها بعد ثلاث حيض

وحيث جعل إقرار الثاني كالطالق وإن لم يطلق حلت للأول ولا تحل لغيره إن اعترفت بأن الثاني لم يصبها لأنها مقرة بأنها زوجة الأول، فإن ادعت أنه أصابها حلت له ولغيره لأن ذلك يعد منه طلاقًا، وإن أنكرت أن يكون أصابها ولم يصدقها الأول ولا راجعها كان لها أن ترفع أمرها للسلطان فتطلق على الأول لأنها تقول: لا أبقى بغير نفقة، ولو أنفق عليها لكان لها أن تقوم بعدم الإصابة لأن إنكار الأول أن تكون صدقت أو قوله: لا علم عندي لا يعد طلاقًا، كذا في نقل «بن» عن التوضيح وابن عرفة كما في «حش».

● ص:

فتحل للأول بعصمة إن طلقها اثنتين.

● ش:

هذا تفريع على قوله: يتحقق عند دخول الثاني، يعني: أن المفقود إذا كان طلقها قبل فقده طلقتين ثم دخل بها الثاني ثم مات عنها أو طلقها فإنها تحل للأول وهو المفقود بعصمة جديدة لأن الطلقة الثالثة التي بقيت من عصمة المفقود قدر وقوعها دخول الثاني فصارت بعد فراقها بعصمة جديدة للأول، أي إنه إذا طلقها الثاني حللها للأول وصارت معه بعصمة جديدة، وإنما تحل للأول إذا حصل من الثاني وطء يحل المبتوتة بأن يكون بالغًا لا نكرة فيه... إلخ الشروط بلا فرق بين من أبتها المفقود وبين من أبتها غيره.

● ص:

وإن تبين حياته أو موته فكالوليين.

● ش:

يعني: أنه إذا تبين حياة المفقود بعد عقد الثاني سواء جاء أو لا أو تبين موته فحكمها في ذلك حكم ذات الوليين فهي للأول ما لم يتلذذ بها الثاني غير عالم بحياة الأول، أو بأنها في عدة وفاته، فإن تلذذ بها الثاني غير عالم فاتت على الأول إن لم تكن في عدة وفاته، أي الأول.

فتكون للمفقود فيما إذا جاء أو تبين حياته أو موته في العدة أو بعدها، وقبل عقد

الثاني أو بعده، وقبل تلذذه بها أو بعده عالمًا بما ذكر.

وتفوت عليه وتكون للثاني إن تلذذ بها غير عالم وفائدة كونها للأول فيما إذا تبين موته فسخ نكاح الثاني وتأبيد حرمتها عليه، وإرثها للأول، وإنما ترثه حيث يقضي له بها وذلك في أربعة أحوال أن يموت في العدة أو بعدها ولم يعقد الثاني أو عقد ولم يدخل أو دخل عالمًا.

وبعبارة: إذا جاء المفقود أو تبين حياته أو موته فلا يخلو من أربعة أوجه لأنها إما أن تكون إلى الآن في العدة أو بعد العدة، وقبل العقد أو بعد العقد عليها، وقبل الدخول أو بعده، وحكمها في هذه الوجوه حكم ذات الوليين يزوجها كل من رجل وتقدم أنها تفوت بتلذذ الثاني بها غير عالم إن تكن في عدة وفات من الأول.

فكذلك هنا تكون للمفقود في ثلاثة أوجه، وهي أن يجيء أو يتبين حياته أو موته، وهي في العدة أو بعدها، وقبل العقد أو بعد العقد وقبل الدخول.

وتفوت على المفقود في الوجه الرابع وهو أن يكون الثاني دخل بها أو تلذذ بها بلا علم وحين رجعت للأول في الأوجه الثلاثة كانت عنده على الطلاق كله، أي أنه لا يقع عليه طلاق وإنما تقع عليه طلقة بدخول الثاني لا قبل ذلك.

• ص:

وإن تبين عقد الثاني في عدة الأول فكغيرها.

• ش:

قوله: وإن تبين... إلخ معناه: إنه كشف الأمر على أنه تزوجها الثاني في وقت تكون فيه في عدة من الأول.

يعني: أنه إذا تبين أن الثاني عقد على زوجة المعقود في عدته فإن زوجته تكون كغيرها ممن تزوجت في العدة فيفسخ النكاح ويتأبد تحريمها عليه إن تلذذ بها في العدة أو وطئها ولو بعد العدة وإن لم يتلذذ بها فسخ نكاحه وكان خاطبًا من خطابها إن أحب، فالضمير في كغيرها لزوجة المفقود، أي كغيرها في التأبيد وغيره.

ولما ذكر أن زوجة المفقود تفوت بدخول الثاني كذات الوليين ذكر سبع مسائل يتوهم مساواتها لذلك ونبه على أن الحكم فيها مخالف لا يفيتها دخوله فقال:

● **ص:**

وإن نعي لها ثم تبين الكذب، أو قال: عمرة طالق مدعيًا غائبة فطلقت الحاضرة ثم أثبت تلك، أو وكل زوج ثلاث وكيلين ففسخ لنكاح الأولى هنا ظنًا أنها الثانية، أو طلق عليه لعدم النفقة ثم أثبت إسقاطها، أو تزوجت في عدة المفقود تفسخ ثم تبين خروجها أو ادعت الموت أو شهد به غير عدلين فادعت وتزوجت ففسخ ثم تبين صحته لم تفت بدخول.

● **ش:**

قوله: لم تفت بدخول؛ جواب عن جميع المسائل السابقة وهي سبع:

الأولى: المنعي لها وهي التي أخبرت بموت زوجها من غير عدلين فاعتمدت على ذلك واعتدت وتزوجت ثم تبين كذب الأخبار بأن قدم أو ثبتت حياته فلا تفوت عليه بدخول الثاني ولو ولدت منه أو حكم بموت الأول حاكم، وقيل: تفوت بدخول الثاني وتعتد من الثاني بثلاث حيض أو شهور أو حمل، وتعتد في بيتها التي كانت سكنت فيه مع الآخر ويحال بينه وبين الدخول عليها فإن مات القادم فعدة وفاة ولا ترجم، وإن لم يكن موته فاشيًا لأن دعواها شبهة فلو جاء المنفي فطلقها فلا بد من العدة ولا يكفي وضع حملها من الثاني لأن الوضع ليس من المطلق، والفرق بينها وبين امرأة المفقود أن امرأة المفقود لا بد فيها من الحكم، والحكم فيها مستند لأمر قوي ولا كذلك، هذه فلة ألم تفت بالدخول.

الثانية: رجل له زوجة تسمى عمرة ولا يعرف له سواها فقال: عمرة طالق وادعى أنه إنما قصد بذلك امرأة له غائبة تسمى عمرة فإنه لا يصدق وتطلق عليه عمرة الحاضرة، فإذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الزوج الثاني فأثبت زوجها الأول أن له زوجة غير هذه تسمى عمرة فإن هذه لا تفوت عليه بدخول الثاني وترد إليه، وإلى هذا أشار بقوله: أو قال: عمرة طالق مدعيًا غائبة فطلقت الحاضرة، ثم أثبت تلك، أي أثبت عمرة الغائبة.

الثالثة: رجل له ثلاث زوجات ووكل وكيلين على أن يزوجاه فزوجه كل منهما بامرأة وسبق عقد أحدهما الآخر ففسخ نكاح الأولى منهما ظنًا أنها الثانية لكونها

خامسة فاعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني ثم تبين أنها الرابعة لكونها ذات العقد الأول فلا تفوت على الأول بدخول الثاني، وأما الثانية فيتعين فسخ نكاحها لكونها خامسة ودخل بها وليس كلامنا فيها وإلى هذه أشار بقوله: أو وكل زوج ثلاث وكيلين ففسخ نكاح الأولى ظنًا أنها الثانية.

الرابعة: امرأة طلقت لعدم النفقة واعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني ثم أثبت الزوج الأول إسقاطها عنه بأنه أثبت أنه كان أرسل لها وأنها وصلتها أو إنه تركها عندها أو إنها أسقطتها عنه في المستقبل فلا تفوت عليه بدخول الثاني، وإلى هذه أشار بقوله: أو طلقت لعدم النفقة ثم أثبت إسقاطها.

الخامسة: زوجة المفقود إذا تزوجت في عدتها المقررة لها بعد الأجل أو تزوجت في الأجل ففسخ نكاحها لذلك فاستبراء من الوطء الفاسد وأتمت العدة وتزوجت بثالث ودخل بها ثم ثبت بالبينة أن المفقود كان قد مات وأنها خرجت من العدة قبل نكاح الثاني فإن دخول الثالث لا يفيتها على الثاني، وإلى هذا أشار بقوله: أو تزوجت في عدة المفقود ففسخ ثم ثبت خروجها.

السادسة: ادعت امرأة موت زوجها المفقود ولم يُعلم موته إلا منها فاعتدت وتزوجت ودخل بها ثم ظهر أن نكاح الثاني كان على الصحة في الواقع لثبوت موت الأول وانقضاء عدتها منه قبله فلا تفوت بدخول الثالث وترد للثاني لظهور صحته في الواقع ولا حد عليها لأن دعواها الموت شبهة تدرأ عنها الحد.

السابعة: إذا شهد غير عدلين بموت الزوج الغائب فاعتدت امرأته وتزوجت ففسخ نكاحها لعدم عدالة الشهود فتزوجت بثالث لشهادة عدلين بموت زوجها ودخل بها ثم تبين صحة نكاح الثاني لكون العدول أرخوا موته بتاريخ متقدم تنقضي فيه عدتها قبل نكاحها فترد إليه ولا تفوت بدخول الثالث، وإلى هذه والتي قبلها أشار بقوله: أو ادعت الموت أو شهد به غير عدلين فاعتدت وتزوجت ففسخ ثم تبين صحته.

وقوله: ففسخ، أي نكاح الثاني في الصورتين وهما دعواها وشهادة غير العدلين، وضمير صحته لنكاح الثاني أيضًا.

• ص:

ويقيت أم الولد مدة التعمير.

• ش:

يعني: أن أم ولد المفقود في أرض الإسلام تبقى على ما هي عليه فلا يضرب لها أجل وتعتق بل تستمر على حالها لانقضاء مدة التعمير أو لثبوت موته ثم تعتق من رأس المال و إنما تبقى أم الولد لمدة التعمير إن دامت نفقتها من مال سيدها فإن لم تدم نفقتها فهل ينجز عتقها أو تزوج أو تكاتب؟ خلاف، انظر «بن».

ومقتضى الأخروية اعتبار خشية الزنا، لكن سبق أن الرقيق لا حق له في الوطء فيعالج نفسه عند خوف العنت بصوم أو غيره كمن لم يتيسر له النكاح، والحاضر إذا أعسر بنفقة أم ولده فقيل: تزوج ولا تعتق كما نقل عن ابن عرفة.

وقولنا: ومقتضى الأخروية اعتبار خشية الزنا من كلام «الش»، ومعناه أن أخروية خشية الزنا، أي أولويته من عدم النفقة تقتضي اعتبار خشية الزنا بالأولى من اعتبار عدم النفقة، فحيث قلتم إن عدم النفقة موجب لتزوجها فكان بالأولى أن تقولوا: إن خشية زناها توجب تزوجها لأن الزنا أضر من عدم النفقة، لكن يقال: إن الرقيق لا حق له في الوطء كما مر.

• ص:

كماله وكزوجة الأسير ومفقود أرض الشرك.

• ش:

هذا تشبيه في البقاء لمدة التعمير؛ يعني: أن مال المفقود يوقف إلى مدة التعمير ثم يورث حينئذٍ لأنه لا ميراث مع الشك، ويقسم على ورثته يوم الحكم بموته لا يوم فقده، ولا يوم بلوغه سن التعمير، فإن جاء بعد القسم نقض.

وكذلك زوجة الأسير توقف إلى مدة التعمير أو ثبوت موته إذا دامت نفقتها من مال ولا شرط لها فإن لم تدم نفقتها فلها التطليق كما إذا خشيت الزنا وأولى يوقف لمدة التعمير ماله و إذا أوقفته زوجته لمدة التعمير فتعتد عدة الوفاة كزوجة المفقود، و إنما لم يضرب الإمام لزوجة الأسير أجلًا لأن الأسير لا يصل الإمام إلى الكشف

عن حاله والفحص عن خبره كما يفعل بالمفقود وينفق من مال الأسير على رقيقه وولده لا على أبويه إلا أن يكون قضى بذلك قاض قبل الأسر.

وكذا المفقود في أرض الشرك حكمه حكم الأسير لا تتزوج زوجته ولا يقسم ماله ولا تعتق أم ولده إلا إذا ثبت موته أو مضى عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله، وهو مدة التعمير، فإن عدمت زوجته النفقة من ماله أو خشيت الزنا طلقت عليه، وإذا جاء بعد القسم رد له ماله، فإن شك هل فقد في أرض الإسلام أو الكفر حمل على الثاني احتياطًا.

ثم بيَّن مدة التعمير المتقدم ذكرها مقتصرًا على الراجح، فقال:

● ص:

والراجح سبعون.

● ش:

يعني: إن اختلف في مقدار مدة التعمير والراجح من الخلاف أنها سبعون سنة من يوم وُلِدَ، وتسميها العرب دقاقة الأعناق، وقال الشيخان أبو محمد عبد الله بن أبي زيد وأبو الحسن علي القابسي: إنها ثمانون سنة، وحكم ابن زرب وغيره بأنها خمس وسبعون، وقد حكم بعض القضاة بالسبعين وأشهد شهوده، وكانوا مسنين فرفع المحكوم عليه الأمر إلى السلطان بعد قدومه، وقال: كل من القضاة والشهود زاد على هذا السن فتضاحك المجلس من ذلك، حكاه البدر وغيره، لكن قال العلماء: هذه خطابة عامية لا ترد إلى الأحكام الشرعية لأنها إنما تبنى على الغالب. أفاده «حش».

تنبيه:

إذا فقد وهو ابن سبعين أو ثمانين زيد له عشرة أعوام، وإن فقد وهو ابن خمس وسبعين زيد له خمسة أعوام، وإن فقد وهو ابن مائة زيد له بالاجتهاد.

● ص:

وإن اختلف الشهود في سنه فأقل.

● ش:

يعني: أن الشهود إذا اختلفوا في قدر سن المفقود حين فُقد فقال عدلان: خمسة

عشر سنة، وقال عدلان آخران: عشرون، فيحكم بقول شهادة الأقل احتياطًا لجهة المفقود، كما قالوا في الأسير: إذا تنصر وشهدت بينة أنه تنصر بالطوع وأخرى بالإكراه أن بينة الإكراه مقدمة للاحتياط في إخراج ماله عنه، ولأن بينة الإكراه قد علمت ما لم تعلمه الأخرى.

● **ص:**

ولهم الشهادة بالتخمين.

● **ش:**

يعني: أن الشهود على سن المفقود تجوز لهم الشهادة بالتخمين وغلبة الظن، واغتفر ذلك لتعذر التحقيق في مثل ذلك غالبًا، وإذا شهدوا على التخمين من غير قطع فإن الوارث الذي يظن به علم ذلك يحلف على البت معتمدًا على شهادتهم بأن ما شهدوا حق فإن لم يشهدوا على التخمين بل أرخوا الولادة فلا يمين عليه، وإلى ذلك أشار بقوله:

● **ص:**

وحلف الوارث حنيئذ.

● **ش:**

يعني: أن الوارث يحلف بتًا حينئذٍ، أي حين الشهادة على التخمين فيحلف على طبقها لكن بتًا، وإنما يحلف الوارث حيث كان ممن يعرف ذلك، أي يعرف عمر المفقود، وإنما يحتاج لليمين حيث لم تؤرخ البينة وإلا فلا يمين كما مر، والعبرة بالوارث حين الحكم لا حين الفقد ولا حين بلوغ مدة التعمير كما قدمنا.

● **ص:**

وحمل تنصر الأسير على الطوع.

● **ش:**

يعني: أن الأسير في بلاد الكفار إذا تنصر أو تهود، أي كفر فإنه يحمل على الطوع لأن الأصل في أفعال المكلفين وأقوالهم عند جهل الحال الطوع، فتجري عليه أحكام الردة حيث يثبت الإكراه فتبين زوجته ويوقف ماله، فإن مات مرتدًا

فللمسلمين، وإن أسلم كان له، فإذا ثبت الإكراه فلا تجرى عليه أحكام الردة، قال بعض القروين: فإن فرق بينه وبين زوجته مع جهل الحال ثم ثبت الإكراه فحاله حال المفقود في زوجته فتفوت بدخول الثاني، وقيل: لا تفوت بالدخول كحال المنفي لها زوجها، ومحل حمله على الطوع ما لم يكن شأن البلد الإكراه وإلا حمل عليه حتى يثبت الطوع.

• ص:

ومفقود زمن الوباء على الموت حينئذ.

• ش:

عطف على نائب فاعل حمل، أي وحمل مفقود زمن الوباء طاعونًا أو غيره كسعال ونحوه على الموت حينئذ ـ أي حين الوباء ـ فتعتد زوجته عدة وفاة بعد ذهاب الوباء ويورث ماله لغلبة الظن بموته، فلا يضرب له أجل المفقود المتقدم.

والطاعون بثرة، أي خراج كالدمل من مادة سمية مع لهب واسوداد حولها من وخز الجن يحدث مسها ورم في الغالب وخفقان في القلب يحدث غالبًا في المواضع الرخوة والمغابن كتحت الإبط وخلف الأذن، والوباء كل مرض عام، وقال بعض: هو مرض الكثير من الناس في جهة من الأرض دون سائر الجهات ويكون مخالفًا للمعتاد من الأمراض في الكثيرة وغيرها ويكون نوعًا واحدًا. قاله «خ».

ثم شبه فيما مر قوله:

• ص:

كمفقود فتنة المسلمين وتلوم له بعد انفصالهم بالاجتهاد.

• ش:

يعني: أن المفقود في فتنة بين المسلمين بعضهم مع بعض يحمل على الموت يوم التقاء الصفين للمعركة كما هو قول مالك وابن القاسم ويتلوم له بعد انفصال الصفين بقدر ما يستقصى أمره ويستبرأ خبره ويوكل ذلك إلى اجتهاد الحاكم، ثم بعد زمن التلوم تعتد زوجته ويوزع ماله.

وبعبارة: يحمل مفقود فتنة المسلمين مع بعضهم كالموت، ولكن يتلوم لهم بعد

انفصالهم بقدر ما ينصرف من هرب أو من انهزام سواء قربت الدار أو بعدت، وتحسب العدة من التقاء الصفين، هكذا أصل النصوص، ومال «بن» إلى حملها على انتهاء الالتقاء وهو يوم انفصال الصفوف، فعلى هذا تحسب العدة من يوم الانفصال، وقيل: تعتد بعد التلوم الكائن بعد انفصال الصفين، وقيل: تعتد بعد الانفصال بلا تلوم أصلًا، وأما ماله فيورث حين الشروع في العدة على جميع الأقوال.

وهذا كله إذا شهدت البينة العادلة أنها رأته حضر الصف، فإن شهدت بأنه خرج معه الجيش فقط فتكون زوجته كالمفقود في بلاد الإسلام فيجري فيه ما مر.

• ص:

ولمفقود الجهاد سنة بعد النظر.

• ش:

يعني: أن المفقود في الجهاد بين المسلمين والكفار يؤجل سنة لاحتمال أسره عند العدو بعد نظر السلطان في أمره والتفتيش عليه كما في «بن» رادًّا على الرماصي في قوله: إن السنة من يوم الرفع للسلطان لا من بعد النظر، ثم بعد السنة تعتد زوجته عدة وفاة ويورث ماله حينئذٍ.

ولما أنهى الكلام على المفاقيد وما يتعلق بها شرع في الكلام على ما يتعلق بسكنى المعتدات ومن في حكمهن فقال:

• ص:

وللمحبوسة بغير الوفاة السكنى.

• ش:

السكنى مبتدأ خبره الجار والمجرور قبله، والمحبوسة بغير الوفاة تشمل المرتدة والمشبهة والمغصوبة والمعتقة ومن طلقت بائنًا أو رجعيًّا، ومن فسخ نكاحها لفساد أو لعان أو قرابة أو مهر أو رضاع، وأما الزانية فلا شيء لها. يعني: أن المحبوسة أي الممنوعة من النكاح بسبب رجل فإنه يجب لها عليه السكنى فيالمحل الذي كانت فيه، قال تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ...﴾ [الطلاق:١] الآية، إلا المحبوسة بالوفاة

ففيها تفصيل سيأتي، ويستمر المسكن إن مات الزوج في البائن، وكذا في الرجعية على تفصيل يأتي.

وبعبارة: من حبست من النكاح بغير عدة الوفاة لها السكنى على من حبست لأجله كالمطلق بائنًا أو رجعيًا والمغصوبة والمزني بها غير عالمة، والعالمة لا شيء لها، وكمن فسخ نكاحها لفساد أو ردة منه أو منها أو لصهارة أو قرابة أو رضاع أو لعان، وكالمعتقة.

ووجوب السكنى إنما هو للمحبوسة المدخول بها إذ غيرها لا تستبرأ عليها فلا يتأتى لها سكنى، ثم إن محل وجوب السكنى من حبست حيث اطلع على موجب الحبس قبل موت من الحبس بسببه، كأن يطلع على فساد النكاح في حياته وفرق بينهما فتجب لها السكنى ولو مات بعد ذلك كما يأتي، أما لو مات قبل العثور على موجبه، كما لو فسخ النكاح بعد موته فلا سكنى لها مدة الاستبراء، وهذا في المحبوسة غير المطلقة.

وأما المطلقة فلها السكنى مطلقًا سواء ثبت الطلاق قبل موته أو بعده، وتستمر سواء كان حيًا أو ميتًا، والحامل في هذا الباب وغيرها سواء، هذا ما يفيده «خ»، وعبارة «المص» أحسن من عبارة الأصل من وجوه كما يعلم بالوقوف على شراحه، قال «الش»: ويأتي نفقة الحمل وما يتعلق بذلك في النفقات وقصد بذلك الاعتذار عن عدم ذكره هنا مع ذكر الأصل له آخر هذا المبحث وسأذكره إن شاء الله تعالى.

● ص:

كبها إن كان المسكن له، أو نقداً كراءه وإن نقد البعض فبقدره، ودخل أو سكنها معه ولو لحفظها لا إن لم ينقد ولو وجيبة.

● ش:

التشبيه في وجوب السكنى والضمير للوفاة، أي كالمحبوسة بالوفاة وتجب لها السكنى، وهذا يشمل الزوجة وأم الولد، فالسيد في أم الولد كالزوج فيما ذكر، يعني: أن المتوفي عنها يجب لها السكنى مدة عدتها بشرطين:

الأول: أن يكون المسكن الذي هي ساكنة فيه وقت موت الزوج ملكًا له، ولكن

اكتراه ونقد كراه كله قبل موته فإن نقد البعض دون البعض فلها السكنى بقدر البعض الذي نقده وحكمها في الباقي حكم ما لم ينقد، أما إذا كان المسكن لغيره ولم ينقد كراه فإنه لا سكنى لها ولو كان الكراء وجيبة على الراجح مما في الأصل أن المال صار للورثة جميعًا وتدفع أجرة المسكن من مالها، والمراد بالوجيبة المدة المعينة كهذه السنة، أو هذا الشهر بكذا، والمشاهرة نحو كل شهر بكذا، ومقابل الراجح أنه لا سكنى لها إذا كان الكراء مشاهرة، أما إذا كان وجيبة فهي أحق بالسكنى عند عدم النقد لأن الوجيبة تقوم مقام النقد، وهذا كله إذا مات وهي في العصمة ولو حكمًا كالرجعية، وأما إن مات وهي مطلقة بائنًا فالسكنى ثابتة لها مطلقًا كان المسكن له أم لا، لا نقد الكراء أم لا، إذ هي مطلقة فالسكن لها بلا شرط كما في «دك» و«خ».

الشرط الثاني: أن يكون قد دخل بها أو لم يدخل بها ولكن أسكنها معه في بيته لغرض الدخول بها، بل ولو لحفظها من كف وكفالة على الراجح خلافًا لما في الأصل فينزل إسكانها معه منزلة الدخول عليها ولو كانت صغيرة لا يوطئ مثلها، فقوله: ولو لحفظها فيه ردًا على الأصل رحمه الله.

وقوله: ودخل عطف على مدخول أداة الشرط، أي إن كان المسكن له و إن دخل، فإن لم يدخل بها ولم يسكنها معه فلا سكنى لها.

وصرح بمفهوم إن نقد ليتوصل به لما بعده من المبالغة.

وقولنا: من كف أي صيانة لها عما يكره.

وقولنا: وكفالة أي تربية لها فالحفظ شامل للصيانة والتربية.

● **ص:**

وسكنت كما كانت.

● **ش:**

يعني: أن المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة تسكن كما كانت تسكن مع زوجها فيلزم المكان الذي كان مشتاها ومصيفها في شتاها وصيفها.

وقوله: وسكنت؛ أي ولو كانت سكنى لها على الزوج فالأجرة عليها حينئذ.

● ص:

وإن نقلها قبل رجعت وأجرة الرجوع عليه.

● ش:

يعني: أن الزوج إذا نقلها لغير عذر ظاهر إلى غير المنزل الذي كانت تعرف بالسكنى فيه قبل الطلاق أو الموت ثم طلقها أو مات من مرضه فإنه يتهم على أنه إنما نقلها ليسقط سكناها في المكان الأول والعدة فيه حق لله تعالى، فترجع لما كانت فيه قبل الفراق بالموت أو للطلاق، وإذا رجعت فأجرة الرجوع عليه لأنه هو الذي تسبب في إخراجها.

● ص:

كأن كانت بغيره.

● ش:

تشبيه في الرجوع والأجرة، يعني: أن المرأة إذا كانت قبل الفراق بغير مسكنها لغرض من الأغراض كزيارة رحم أو تعزية أو تهنئة فإنها ترجع لمسكنها الأصلي عند حصول الفراق بموت أو طلاق وأجرة الرجوع عليه.

ثم بالغ على الرجوع إذا كانت بغير مسكنها فقال:

● ص:

وإن لشرط في إجارة وانفسخت إن لم يرضوا.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا كانت وقت الطلاق أو الموت مقيمة بغير مسكنها فإنها ترجع إليه إذا كانت الإقامة بغيره غير واجبة بل وإن كانت واجبة لشرط اشترطه عليها أهل الرضيع مثلًا في إجارتها على إرضاعه، فإذا اشترطوا عليها أن لا ترضعه إلا في دارهم ثم مات زوجها أو طلقها فترجع لمسكنها لأنه حق لله وهو مقدم على حق الآدمي وتنفسخ الإجارة إن لم يرض أهل الرضيع برجوعها ورضاعه بمسكنها فلو كانت قابلة تولد غيرها أو ماشطة فلا يجوز لها أن تبيت عندهم ولو محتاجة.

وبعبارة: قوله: في إجارة؛ أي للمرأة على عمل كرضاع أو خياطة أو شغل اشترط

المستأجرون أن يكون عملها في بيتهم فمات زوجها أو طلقها وهي عندهم فترجع لتعتد في بيتها وتنفسخ الإجارة إن لم يرضوا بعملها في بيتها وإلا فلا فسخ.

• ص:

لا إن سافرت نقلة فطرأت عدة في المسافة فتخير بين القديم وما أرادته وما هي به.

• ش:

هذا مخرج من الحكم السابق وهو الرجوع، والمعنى: أن المرأة إذا سافرت بسفر نقلة ورفعت المكان الأول فطرأت عليها العدة في المسافة بأن مات عنها الزوج أو طلقها فإنها تخير بين أن تعتد في المكان القديم الذي خرجت منه أو في المكان الذي أرادت الانتقال إليه أو في المكان الذي هي فيه وقت الموت أو الطلاق، وسواء كان المنقول عنه أقرب من المنقول إليه أو أبعد أو مساوٍ، فتعتد حيث شاءت ولا كراء عليه إن رجعت أو ذهبت، والرجعي والبائن في ذلك سواء.

تنبيه:

إذا خرجت المرأة مع زوجها أو غيره لحجة الفريضة فطلقها أو مات عنها في أثناء المسافة فإنها ترجع وجوبًا لتعتد بمنزلها بصحبة ثقة ولو غير محرم، ومحل الرجوع إذا كانت تدرك شيئًا من عدتها في منزلها ولو يومًا واحدًا وكانت الطريق مأمونة وإلا فلا ترجع، ومحل الرجوع أيضًا إن حصل موجب العدة بعد سيرها شيئًا قليلًا كالثلاثة أيام، فإن زاد على ذلك لم ترجع بل تستمر كما لو تلبست بالإحرام، وأما إن خرجت لتطوع من الحج أو غيره كرباط فمات عنها أو طلقها فإنها ترجع ولو وصلت لمكة أو محل الرباط، بل ترجع ولو أقامت بمحل الرباط عامًا على ما رجحه بعضهم، ذكره الأصل وشراحه، وسبق في الاعتكاف ما يتعلق به وبالإحرام والعدة، فلذا لم يذكره «المص» كما ذكره الأصل هنا:

• ص:

ولا سكن لأمة لم تبوأ فتصاحب ساداتها كبدوية.

• ش:

يعني: أن الأمة إذا طلقها زوجها أو مات عنها فإن كانت قد بوئت بيتًا مع زوجها

قبل الطلاق أو الموت فلها السكنى فهي مدة عدتها، وإن لم تبوأ فلا سكنى لها وحينئذٍ فلها أن تصاحب ساداتها في حال عدتها إذا تنقلوا من مسكنهم ولا كلام لزوجها لأن حق الخدمة لم ينقطع بالتزويج بخلاف المبوأة فليس لساداتها أن ينقلوها معهم.

وقوله: كبدوية؛ تشبيه بالأمة الغير المبوأة في جواز الانتقال؛ يعني: أن البدوية وهي ساكنة العمود إذا كانت معتدة وأراد أهلها الارتحال وكان يشق عليها فراقهم أو يتعذر عليها لحوقهم بعد العدة فإنه يجوز لها الانتقال معهم، وأما إذا ارتحل أهل زوجها فقط فلا ترتحل معهم وتعتد عند أهلها، فإن ارتحل أهل كل فمع أهلها إن افترقوا وإلا فمع أهل زوجها، فإن لم يكن لها أهل اعتدت حيث كانت مع أهل زوجها.

وبعبارة: الصور أربع لأنه إذا ارتحل أهلها فإما أن يكون عليها إذا بقيت مع أهل زوجها مشقة في لحاقها بأهلها بعد العدة أم لا ففي الأول ترتحل مع أهلها، وفي الثاني لا ترتحل معهم، وإذا ارتحل أهل زوجها فقط فإما أن يكون عليها إذا ارتحلت معهم مشقة في عودها لأهلها بعد العدة أم لا ففي الأول لا ترتحل معهم، وفي الثاني ترتحل معهم، وأما الحضرية ولو حكمًا كأهل الأخصاص فلا ترتحل مع أهلها بل تعتد في محلها.

ولما ذكر ما يبيح خروج البدوية ذكر ما يبيحه للحضرية وغيرها، فقال:

● **ص:**

ولها الانتقال لما أحبت لعذر كوحشة لانتقال الجيران فتلزم الثاني وهكذا.

● **ش:**

يعني: أن المعتدة إذا حصل لها عذر لا يمكنها المقام معه فإنه يجوز لها الانتقال لما أحبت من الأمكنة ولو أراد الزوج خلافه إلا أن يكون ذلك منه لغرض شرعي كصون نسبه فإنها لا تجاب لما منع منه.

مثال العذر: أن تحصل لها وحشة لانتقال الجيران من حولها، وأما إذا حصل لها خوف فإنه يأتي لها بمؤنسة ولا تخرج، وأجرة المؤنسة تابعة للنفقة، فإن كانت على الزوج لزمه أجرة المؤنسة وإلا فعليها، وإذا انتقلت المعتدة من مكانها الأول لعذر

لزمت الثاني إلا لعذر، وإذا انتقلت من الثاني لزمت الثالث إلا لعذر، وهكذا، فإذا انتقلت لغير عذر ردت بالقضاء قهرًا عنها ولو أذن لها المطلق.

ومن الأعذار سقوط الدار، أي انهدامه أو خوف اللصوص.

ومنها ما أشار له بالعطف على كوحشة الجيران بقوله:

● **ص:**

وكشؤم جار البادية ورفعت الحاضرة للحاكم وأقرع لمن يخرج إن أشكل.

● **ش:**

أي: وكذا من الأعذار التي تبيح لها الخروج شؤم الجار في البادية بأن تخشى منه على نفسها أو مالها أو دينها أو عرضها لأن شأن أهل البوادي أنهم لا تنالهم الأحكام، ويلحق بهم أهل الأرياف كما هو مشاهد في بعض البلاد، وأما جار الحاضرة فترفعه للحاكم ليدفع ضرره عنها ولا تخرج لتمكنها من التخلص من ضره بالحاكم الذي يرد المظالم عن المظلوم، ثم إن ثبت ظلمها وعظها الحاكم وزجرها، فإن لم يفد فيها الوعظ والزجر أخرجها من مسكنها وإن ثبت ظلم الجار فكذلك.

وإن أشكل أمرهما على الحاكم والتبس عليه الحال لعدم بينة أو لتعارضها فإنه يقرع لمن يخرج منهما، وبحث ابن عرفة في ذلك فقال: يخرج غيرها من الجيران ولا تخرج هي لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق:١] ولا بيان مع الإشكال وهي بينة.

● **ص:**

والخروج وإن قبيل الفجر والعشاء ولا تبيت بغير مسكنها.

● **ش:**

الخروج معطوف على الانتقال، أي ولها الانتقال، ولها الخروج، يعني: أن المعتدة من وفاة أو طلاق يجوز لها الخروج في حوائجها، بل وفي غيرها كالعرس أو تعزية أو زيارة كما في المدونة وإن اقتصر الأصل على خروجها في الحوائج كتحصيل قوت أو ماء أو نحوهما لا لزيارة أو تجارة ولا تهنئة ولا تعزية، ويجوز لها الخروج ولو قبيل الفجر والعشاء وهو مراد الأصل بطرفي النهار، أي قبل الفجر

بقليل وبعد المغرب والعشاء فجعلها طرفي النهار مجازًا علامة المجاورة، وإذا جاز لها الخروج في هذين الوقتين فأولى النهار فـ«المص» بالغ على التوهم، وإذا خرجت فلا تبيت إلا في بيتها كما قال: ولا تبيت بغير مسكنها، قال مالك: لا بأس أن تحضر العرس ولا تتهيأ فيه بما لا يلبسه الحاد ولا تبيت إلا في بيتها.

● ص:

ومن سكنته فطلقها لها الأجرة.

● ش:

يعني: أن المرأة إذا سكنت زوجها معًا في دارها مجانًا بلا كراء فطلقها فإنه يكون لها عليه الأجرة إذا طلبتها منه على الراجح لانقطاع المكارمة بالطلاق، والمراد بالكراء الذي يقضي لها به الكراء في زمن العدة، وليس المراد أنها ترجع عليه بالكراء الماضي زمن النكاح.

ومفهوم طلقها؛ أنه لو مات عنها لا شيء لها في عدة الوفاة، والكلام فيمن طاعت بسكنى زوجها معها، أما إذا شرط عليها ذلك في العقد فيفسد النكاح ويفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل ويسقط الشرط.

● ص:

ولا شيء لمن انتقلت كهاربة بولده ما لم يقدر على ردها.

● ش:

يعني: أن المعتدة إذا انتقلت من موضعها الذي يلزمها السكنى فيه بلا عذر فإنه لا شيء لها على الزوج، أي لا أجرة لها عليه ولو كراء موضعها لغيرها لأنها تركت ما كان واجبًا لها فلا يلزمه بعدولها عنه عوض.

وقال اللخمي: إذا كراه رجعت بالأقل مما أكرى به الأول أو اكترت.

وقوله: كهاربة تشبيه في أنه لا شيء لها.

يعني: أن الأم أو غيرها إذا هربت بالولد مدة ثم جاءت تطلبها ممن هي عليه فإنه لا شيء لها إذا لم يعلم بموضعها الذي هربت إليه أو علم وعجز عن ردها فإن علم وقدر على ردها لزمته النفقة.

● ص:

وجاز بيع الدار إن اعتدت بالأشهر.

● ش:

يعني: أنه يجوز بيع الدار التي تعتد فيها المرأة بشرطين:

الأول: أن تكون عدتها بالأشهر كالصغيرة واليائسة والمتوفى عنها التي نفقت بالأشهر، أما إن كانت عدتها بالأقراء أو بالوضع فلا يجوز للجهالة بأمدها ولا فرق في الجواز في ذات الأشهر بين الغريم والزوج، وهذا إذا تحقق اعتدادها بالأشهر كبنت سبع أو ثمان أو سبعين، أما إن توقع حيضها فإن كان البائع الغريم جاز، وإن كان البائع الزوج ففيه خلاف، وإلى ذلك أشار بقوله:

● ص:

ولو توقع حيضها والبائع الغرماء وفي الزوج خلاف.

● ش:

مبالغة في الجواز، يعني: أنه يجوز بيع الدار إذا كانت العدة بالأشهر ولو كانت المعتدة يتوقع حيضها كبنت ثلاثة عشر عامًا وبنت خمسين، لكن الجواز فيمن يتوقع حيضها خاص بما إذا كان البائع الغريم، وأما إن كان البائع الزوج ففيه خلاف، فقيل: يجوز، وقيل: يمنع، وعلى القول بالجواز إذا حصل لها الحيض وانتقلت للأقراء فلا كلام للمشتري لأنه دخل مجوزًا لذلك وعلى القول بالمنع بفسخ البيع فقوله: والبائع الغريم جملة حالية وهي قيد في المبالغ عليه. فتحصل أن التي تعتد بالأشهر تحقيقًا يجوز بيع الدار التي تعتد فيها سواء كان البائع الغريم أو الزوج، والتي تعتد بالأقراء أو بوضع الحمل لا يجوز بيع دارها سواء كان البائع الزوج أو الغريم، وأما من يتوقع حيضها فيجوز بيعها للغريم، وفي الزوج خلاف.

الشرط الثاني: أن يبين البائع وهو الغريم أو الزوج أن الدار فيها معتدة أو يستثني مدة العدة، فإذا لم يبين ذلك ولم يستثنه لم يجز البيع ابتداء ولكنه صحيح كمن باع دار مؤجرة ولم يبين للمشتري ذلك، فإن البيع صحيح ولا يجوز ابتداء ويثبت الخيار للبائع وإلى هذا أشار بقوله:

● ص:

وبَيَّنَ وإلا فللمشتري الخيار.

● ش:

بين للبناء للمجهول فيشمل الغريم والزوج ويحتمل للبناء للفاعل وهو البائع الصادق بالغريم والزوج، وإلا مفهوم بين، أي وإلا يبين البائع أن الدار بها معتدة فللمشتري الغير العالم بذلك الخيار بين الرضى بالبيع وسكنى المعتدة إلى تمام عدتها بجميع الثمن والرد ولا شيء عليه.

ثم شبه في ثبوت الخيار قوله:

● ص:

كأن حدثت ريبة.

● ش:

يعني: أن الدار إذا بيعت بشرط سكناها للمعتدة بالأشهر فحدثت بها ريبة بحس بطن مثلًا فالمعتدة أحق بالسكنى فيها من المشتري إذ لا دخل لها في التطويل ويثبت للمشتري الخيار في الفسخ والتماسك.

● ص:

وفسد على شرط زوالها.

● ش:

فاعل فسد ضمير البيع، يعني: أن الغرماء أو الزوج إذا باع أحدهما الدار التي فيها معتدة على شرط زوال الريبة، أي أنها لم تحصل أصلًا أو حصلت وزالت قبل انقضاء العدة فالبيع لازم وإن استمرت فهو مردود، فإن البيع يفسد للجهل بزوالها وللتردد في عقد البيع.

● ص:

ولا تخرج من دار الوظيفة ولو ارتابت.

● ش:

يعني: أن المعتدة لا تخرج من دار الوظيفة كالقضاء والإمارة ولو ارتابت فإذا

طلق الأمير أو القاضي زوجته أو مات عنها وهي في دار الإمارة أو القضاء فلا يجوز للقادم أن يخرجها حتى تتم عدتها من طلاق أو وفاة ولو ارتابت بحسب بطن أو تأخر حيض إلى سنة أو إلى خمس سنين، فإن تحقق حملها فلا تخرج حتى تضع، يستحقه الأمير من السكنى كالأجرة حقيقة وإلا لم يستحق ما زاد على قدر الولاية، ومثل دار الوظيفة دار العمري، فإذا مات العمر بالفتح فلا يجوز للمعمر بالكسر أن يخرج زوجته حتى تنقضي عدتها ولو ارتابت.

ثم شبه في عدم الإخراج قوله:

● ص:

كمن حبس عليه ثم على الآخر.

● ش:

يعني: أن من حبست عليه دار ثم على آخر بعده فمات الأول وترك زوجته أو طلقها فإنه لا يخرجها من صارت إليه الدار بعده حتى تتم عدتها ولو لخمس سنين كالعمر لأن ذلك من توابع حياة الزوج، وهذا إذا حبسها عليه حياته، أما إذا حبسها عليه سنين معلومة فمات فإن زوجته لا تكون أحق بالسكنى إلا في المدة المعينة، ومثل كلام المؤلف ما إذا جعل الدار وقفًا على ذريته بعده فإنها تستحق السكنى لأن هذه الوقفية خارجة مخرج الوصية والسكنى من توابع الملك.

● ص:

بخلاف المحبسة على مسجد يسكنها أحد الخدمة.

● ش:

يعني: أن حبس المسجد ليس كالحبس عليه حياته، فإذا حبس دار على مسجد فسكنها أحد خدمته كمؤذن وإمام وخطيب ثم مات أو طلق ثم عزل أو فرغ لغيره عن الوظيفة بعد طلاقها فللإمام الثاني مثلًا إخراج زوجة الأول، والفرق بين هذا وبين دار الإمارة أن دار الإمارة من بتي المال، والمرأة لها فيه حق بخلاف دار الإمامة الموقوفة على مسجد، والكلام في دار محبسة على مسجد تحبيسًا مطلقًا، أما على إمام أو مدرس أو مؤذن فلا يخرجها القادم إذ لا فرق حينئذٍ بين دار الإمارة ودار

الإمامة، كما قاله ابن زرقون وقبله ابن عبد السلام، واستظهر «عج».

تنبيهات تؤخذ من الأصل وشراحه:

الأول: إذا أسكن الزوج مطلقته في دارها التي كانت فيها قبل الطلاق فانهدمت فيلزمه أن يسكنها بدله، وكذا إذا كانت في منزل معار أو مستأجر فانقضت مدة الإعارة أو الإجارة وقد بقي شيء من العدة فإنه يسكنها منزلًا آخر لتمام العدة، وله أن يسكنها فيه بإعارة أو إجارة جديدة إن رضي رب المنزل، وأما المعتدة من وفاة فلها السكنى فيها إن كان المسكن له أو نقد كراه على ما سبق، فإذا انهدم أو انقضت المدة انعدم كونه له وانفسخت الإجارة وسقط حقها من السكنى فيه وفي غيره.

الثاني: إذا مات السيد عن أم ولده أو أعتقها فلها عليه السكنى مدة الاستبراء لكن لا يلزمها المبيت فهي تخالف الحرة في ذلك، وإذا أعتقها في حياته وكان بها حمل فيزاد لها على السكنى نفقة الحمل، وأما في موته فلا نفقة لحملها لأنه وارث.

الثالث: إذا ارتدت المرأة وهي حامل فلها على زوجها السكنى ونفقة الحمل، فإن لم تكن حاملًا لم تؤخر واستبرأت إن كانت ذات زوج ولها السكنى فقط، وبعد الاستبراء إما أن ترجع للإسلام أو تقتل.

الرابع: إذا وطئت امرأة وطء شبهة إما غلطًا ولا زوج لها أو لها زوج ولم يدخل بها، وإما بنكاح فاسد يدرأ الحد كمن نكح ذات محرم جهلًا فحملت فلها النفقة والسكنى على الواطئ، فلو علم بالحرمة دونها فلها السكنى فقط لأنها محبوسة بسببه دون النفقة لأن الولد غير لاحق به إذ لا نسب لولد الزنا، فإن علمت أيضًا فلا سكنى لها ولا نفقة لأنها زانية.

الخامس: إذا وطئت بشبهة وهي ذات زوج فإن كان الزوج دخل بها فالنفقة والسكنى على زوجها والولد لاحق به إلا أن ينفه بلعان، فالنفقة والسكنى على الغالط، وإن لم يدخل بها، فإن حملت من الغالط فالنفقة والسكنى على الغالط بلا خلاف، وإن لم تحمل فالنفقة مدة الاستبراء عليها نفسها، وهو الراجح بل الصواب خلافًا لمن قال على الغالط ولمن قال على الزوج، وأما السكنى فعلى الغالط. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

[وصل في الاستبراء]

ولما أنهى الكلام على العدة من طلاق ووفاة شرع في الكلام على شبهها وهو الاستبراء المشتق من التسري أي الخلص.

وهو لغة: الاستقصاء والبحث والكشف، ونقله عنه «خ».

وشرعًا: الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب، قاله في التوضيح عن الأمر الغامض.

وقال ابن عرفة: مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق لتخرج العدة، ويدخل استبراء الحرة ولو للعان والموروثة لأنه للملك لا لذات الموت.

وقوله: لا لرفع عصمة؛ أخرج به عدة الوفاة.

وقوله: أو طلاق؛ أخرج به عدة الطلاق.

وقوله: لتخرج؛ علة الزيادة قوله: لا لرفع... إلخ.

وقوله: ويدخل؛ عطف على قوله: تخرج.

وبدأ «المص» بحكمه فقال:

• **ص:**

وصل.

• **ش:**

في الاستبراء، قال بعضهم: ليس في القرآن ذكر الاستبراء إلا في قوله تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ﴾ [الأحزاب:٥٠]، والأصل فيه ما رواه أبو داود من قوله ﷺ في سبي أوطاس: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستحيض حيضة».

وأوطاس واد في بلاد هوازن كانت به غزوة حنين.

ولا تصدق الجارية في الاستبراء بحيض أو وضع حتى ينظرها النساء فليس كالعدة لأن الحرة مأتمنة على بضعها، كما في «حش».

● ص:

يجب استبراء من تجدد ملكها ولو توقن براءتها ولم يكن وطئها مباحاً وحلت في المستقبل.

● ش:

ملكها فاعل تجدد وهو مصدر مضاف لمفعوله وهو الضمير العائد على من الواقعة على الجارية وفاعل المصدر وهو المالك محذوف، ومن تجدد ملكها تشمل المشتراة والموهوبة والمتصدق بها والمنزعة من عبده والمأخوذة من الغنيمة، وتشمل حتى الراجعة إليه من سبي الكفار منه لأن المراد ملك لا خلل يعارضه.

وسبق في العدة حكم المغصوبة والمشتبهة والتي غاب عليها غاصب أو ساب في قوله: ووجب استبراء إن وطئت بزنا أو شبهة... إلخ.

واحترز بتجدد الملك عن المتزوج، فإذا تزوج أمة فلا استبراء عليها.

والمعنى أن من تجدد ملكه على جارية بعوض أو بغيره وأراد وطئها فإنه يجب عليه استبراؤها بشروط ثلاثة:

الأول: أن لا توقن براءتها من الحمل، أما إن تيقنت براءة رحمها، أي غلب على الظن ذلك فلا استبراء كحيض مرهونة أو مودعة عنده أو مبيعة بالخيار تحت يده ولم تخرج ولم يلج عليها سيدها حتى ملكها منه، فإنه لا استبراء عليه.

الثاني: أن لا يكون وطئها مباحًا قبل حصول الملك وإلا فلا استبراء كمن اشترى زوجته أو وهبت له أو أعتق وتزوج، وسيأتي محترز الشروط في كلامه رحمه الله.

الثالث: أن يحل له وطئها في المستقبل احترازًا ممن اشترى محرمة كعمته أو خالته من نسب أو رضاع أو أم زوجته، أو اشترى أمة متزوجة بغيره فلا استبراء عليه لأنه للوطء وهو لا يحل له وطء.

تنبيهان:

الأول: علم مما تقدم أن المراد بتجدد الملك في كلام «المص» حصوله إنشاء أو تمام أو استمرار، فشمل الراجعة من غصب أو سبي لأن ملكها لم يتجدد وإنما حصل فيه خلل بعدم تصرف المالك، فإذا رجعت إليه فقد تجدد ملكه بمعنى أنه تم

واستقر وصار لا خلل يعارضه فلذا وجب عليه الاستبراء فاتضح بذلك معنى قولنا سابقًا: لأن المراد ملك لا خلل يعارضه.

الثاني، لا يلزم المستبرأة إحداد في الموت ولا ملازمة منزل بخلاف المعتدة فيهما.

ثم بالغ على وجوب الاستبراء بتجدد الملك فقال:

• ص:

وإن صغيرة أطاقت وكبيرة لا يحملان عادة أو وخشًا أو بكرًا.

• ش:

يعني: أنه يجب الاستبراء على من تجدد ملكها ولو كانت صغيرة تطيق الوطء أو كبيرة لا يحملان عادة كبنت تسع وبنت سبعين، واستبراء كل بثلاثة أشهر كما يأتي لا إن لم تطق الوطء كبنت ثمان فلا استبراء عليها.

وكذا يجب استبراء الجارية التي تجدد ملكها ولو كانت وخشًا أو بكرًا تعبدًا، ولأن البكارة قد تشرب ماء يرشح فتحمل، والخش هي الخسيسة القبيحة المنظر.

وقوله: وإن صغيرة... إلخ؛ منصب المبالغة قوله: لا يحملان عادة لا قوله: إطاقة الوطء لأنه يصير التقدير إن لم تطق الوطء بل وإن أطاقته وهو فاسد لأنه لا استبراء إن لم تطق الوطء.

وجملة: لا يحملان؛ حال لا صفة، أما مجيء الحال من صغيرة فلوصفها بجملة: أطاقت، وأما من كبيرة فلعطفها على ما له مسوغ، قاله «خ» على الأصل في مثل هذه العبارة.

ثم شبه في الاستبراء قوله:

• ص:

كأن طلقت ولو قبل البناء.

• ش:

يعني: أن من اشترى أمة متزوجة فلما تم البيع طلقها زوجها قبل البناء فإنه يجب على المشتري استبراؤها ولا ينزل منزلة الزوج في عدم الاستبراء خلافًا لسحنون،

وأما لو طلقت بعد البناء فعليها العدة لا الاستبراء.

قالوا: وفي قوله: ولو قبل البناء واو الحال لا المبالغة لأن ما بعد البناء عدة الاستبراء ويصح أنها للمبالغة ويكون قد أطلق العدة على الاستبراء تسامحًا لأنهما أخوان كالظرف والجار والمجرور، وإنما وجب استبراء المطلقة قبل لأن ولدها يلحق زوجها، ولا ينتفي عنه إلا بلعان؛ لإمكان أن يأتيها خفية وهو قول ابن القاسم، وقال سحنون: لا استبراء عليها كما مر.

والحاصل: أن من اشترى مطلقة قبل البناء يجب عليه الاستبراء على قول ابن القاسم لا على قول سحنون، وإن اشترى مطلقة بعد البناء وجبت عليه أن لا يطأها حتى تعتد.

وبعبارة: إذا طلقت الأمة قبل البناء وأراد سيدها وطئها فإنه يجب عليه استبراؤها بحيضة وإن طلقت بعد البناء فلا يقربها حتى تخرج من العدة.

● ص:

ولا تزوج الموطوءة ولا تباع إلا بعده.

● ش:

يعني: أن السيد إذا أراد أن يزوج أو يبيع أمته الموطوءة له فلا يزوجها ولا يبيعها إلا بعد الاستبراء، أما إن لم تكن موطوءة له فيجوز له أن يزوجها أو يبيعها بدون استبراء لأمن حملها منه، وهذا إن لم يسيء الظن بها فإن أساء الظن بها لم يجب عليه الاستبراء في البيع حيث لم يطأ.

وأما في التزويج فلا بد فيه من الاستبراء، والفرق أن النكاح لا يصح في المستبرأة مطلقًا من مالكها أو من غيره بخلاف البيع فإنه يجوز بيع المعتدة والمستبرأة من غير المالك.

والحاصل: أنه إذا وطئها السيد يستوي التزويج والبيع في وجوب الاستبراء وإن وطئها غيره بزنا أو غصب أو غلط أو تزوج فإنه يجب استبراؤها إن زوجت ولا يجب إن بيعت، فعلم بذلك أنه لا يجب الاستبراء في البيع إلا من وطء المالك، وفي التزويج يجب من وطء المالك وغيره.

• ص:

وصدق الزوج السيد فيه كالمشتري إن أراد نكاحها لا وطئها.

• ش:

تقدم أن السيد لا يزوج أمته الموطوءة ولا يبيعها إلا بعد الاستبراء، وذكر هنا أن السيد إذا ادعى استبرائها فإن الزوج يصدقه في دعوى الاستبراء فيعتمد على قوله ويعقد عليها ويطأها، وإنما قبل قوله لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته كما يقبل قول المرأة في انقضاء عدتها، وكذلك المشتري يصدق السيد في دعوى الاستبراء ويعتمد على خبره لكن إن أراد السيد إنكاحها أي تزويجها لغيره، وأما إن أراد وطئها فلا يصدقه ولا بد له من الاستبراء حتى يجوز له وطئها بملك اليمين.

فقوله: وصدق الزوج السيد فيه، أي في الاستبراء، والزوج فاعل صدق والسيد مفعوله، وقوله: كالمشتري تشبيه في التصديق، أي أن من اشترى جارية ادعى بائعها أنه استبرأها يجوز له أن يزوجها لرجل بدون استبرائها اعتمادًا على دعوى بائعها، وأما إن أراد وطئها فلا يجوز له ذلك حتى يستبرئها.

تنبيهان:

الأول: يجوز اتفاق البائع والمشتري على استبراء واحد ولحصول غرضهما بذلك حيث وجب على كل منهما، فيضعانها تحت يد أمين حتى ترى الدم، ذكره الأصل هنا، وسيأتي لـ«المص».

الثاني: يجب على السيد استبراء أمته بحيضة إذا وطئت غلطًا كما لو زنت أو غصبت قبل أن يطأها، وفائدة الاستبراء من الوطء غلطًا مع أن الولد لاحق به تظهر فمن رماه بأنه ابن شبهة فلا يحد. إذا لم تستبرئ وإلا حد، وكذلك يجب استبراء الأمة إذا غاصب عليها غاصب أو ساب ثم رجعت لسيدها كما تقدم.

• ص:

أو أساء الظن لتكرر خروجها.

• ش:

قوله: أو أساء الظن؛ الظاهر أنه معطوف على قوله: كأن طلقت ولو قبل البناء، أي

كأن طلقت فيجب استبراؤها.

والمعنى: أن الأمة يجب استبراؤها بإساءة الظن بها لتكرر خروجها في قضاء الحوائج أو يدخل عليها، وإنما وجب استبراؤها لاحتمال أن تكون وطئت بزنا أو غصب سواء كان الذي أساء الظن المشتري، كما إذا كانت مودعة أو مرهونة عنده قبل الشراء وتكرر منها الخروج، ثم اشتراها أو كان الذي أساء الظن غيره في أمة نفسه الغير الأمية فيجب عليه استبراؤها إذا أراد وطئها لا إن أراد بيعها فلا يجب استبراؤها، أما جارية نفسه الأمينة على بضعها فلا يجب عليه استبراؤها فتكرر خروجها للمشقة، وأما المجهولة الحال فهل يجب استبراؤها أو لا؟ فيه خلاف.

● ص:

أو كانت الغائب أو مجبوب.

● ش:

هذا كله من فروع سوء الظن، يعني: أن من اشترى أمة لشخص غائب عنها لا يمكنه الوصول إليها عادة أو لشخص مجبوب أو مقطوع الأنثيين أو البيضة اليسرى أو لصبي أو امرأة فإنه لا يجوز له وطئها إلا بعد استبرائها بحيضة.

ثم عطف على غائب قوله:

● ص:

أو مرحمها.

● ش:

هذا من فروع سوء الظن أيضًا يعني: أن من اشترى أمة مملوكة لمحرمها كابن أختها فإنه يجب عليه استبراؤها ولا فرق بين محرم النسب والرضاع والصهر.

● ص:

أو مكاتبة عجزت.

● ش:

يعني: أن من كانت أمته وصارت تتصرف بالدخول والخروج ثم عجزت عن أداء نجوم الكتابة ورجعت رقًا لسيدها كما كانت قبل الكتابة فإنه لا يجوز لسيدها أن

يطأها إلا بعد الاستبراء بحيضة، أما إذا كانت لا تتصرف فلا يجب على السيد استبراؤها لعدم إساءة الظن بها.

● ص:

أو أرسلها المبضع نقديًا.

● ش:

يعني: أنه إذا أرسل رجلًا مالًا مع شخص آخر ليشتري له جارية فاشتراها وأرسلها مع غيره نقديًا بلا إذن له في الإرسال فحاضت في الطريق فإنه يجب على سيدها استبراؤها ولا يكتفي بهذه الحيضة لأن الرسول حينئذٍ ليس بأمينة بخلاف ما لو قدم بها المبضَع معه أو أرسلها بإذن، فإن السيد يكتفي بالحيضة التي في الطريق، قال «خ»: والظاهر أن علم المبضِع بأن المبضَع معه لا يأتي بها وإنما يرسلها مع غيره بمنزلة إذنه له في إرسالها، والمبضَع ـ بالفتح ـ: المرسل معه الدراهم للشراء بها، والمبضِع ـ بالكسر ـ: هو دافع الدراهم لمن يشتري له بها.

ولما كان موجب الاستبراء على ضربين: تجدد الملك وتقدم، وزواله، أشار إليه بقوله:

● ص:

أو مات سيدها وإن بعد استبراء أو عدة وقبلها اكتفت بها.

● ش:

يعني: أن الأمة إذا مات عنها سيدها فإنه يجب على الوارث استبراؤها ولو كان موت سيدها بعد استبرائين لها من زنا أو غصب أو اشتباه أو تجدد ملك أو كان موته بعد انقضاء عدتها من زوجها المتوفى عنها أو المطلق لها بحيث حلت لسيدها قبل موته فيجب الاستبراء على الوراث بخلاف لو مات قبل انقضائها فإنها تكفي بها عن الاستبراء كما قال: وقبلها اكتفت بها، أي أنه إذا مات سيدها قبل انقضاء عدتها فإنها تكتفي بالعدة عن الاستبراء فيجب استبراؤها بعد موت السيد، وكذلك يجب الاستبراء على المشتري بعد الاستبراء أو انقضاء العدة، فإذا باعها السيد بعد العدة أو بعد الاستبراء فإنه يجب على المشتري استبراؤها.

وقوله: أو مات سيدها شامل لأم الولد وأحرى لو مات وهي في عصمة زوجها لأنها لم تحل لسيدها زمنًا ما.

وبعبارة: إذا مات سيد الأمة وجب على الوارث استبراؤها بحيضة سواء كان سيدها حاضرًا أو غائبًا يمكنه الوصول إليها، وسواء أقر بوطئها أو لا، وسواء كانت قنًّا أو أم ولد أو مدبرة، ولو كان استبراؤها قبل موته، وإنما وجب في هذه الحالة استبرائها لأنها حلت لسيدها زمنًا ما، فلا مانع له من وطئها، فالاستبراء لسوء الظن، أما إذا لم تنقض العدة قبل موت السيد فلا استبراء وأحرى لو كان ذات زوج لأنها لم تحل لسيدها زمنًا ما.

• ص:

كالبيع.

• ش:

تشبيه في كفايتها بالعدة عن الاستبراء، يعني: أن الأمة المعتدة إذا بيعت فإنها تكتفي بالعدة عن الاستبراء إن وقع البيع قبل مضيها لأنها لم تحل للسيد وقتًا ما، فأولى المتزوجة في عدم الاستبراء إذا بيعت لغير زوجها لدخول المشتري على أن الزوج مسترسل عليها، وهي لم تحل لسيدها وقتًا ما، هذا معقب كلام «المص».

و«الش» قال في الحاشية: وقصدت بهذا وجه عدم ذكر ما في الأصل من عدم المواضعة في المتزوجة والمعتدة، فإن نفي الاستبراء يفيد نفي المواضعة كما في «عب» لأنه أعم، ونفي الأعم يستلزم نفس الأخص كما أن عدم المواضعة في الحامل غير ضروري الذكر لدخول المشتري على أن الرحم مشغول، وكثيرًا ما أكتفي عن أمور صرح بها الأصل من استطراد استبراء الآيسة والخلاف في قدره، وأن الثلاثة الأشهر تقوم مقام الحيض عند عدمه، وأن ارتياب النساء يوجب تسعة أشهر، وسبق أيضًا هناك ذكر ما إذا غاب الغاصب أو الزاني عليها، وكما اكتفيت باندراج أم الولد في قولي: أو مات سيدها. اهـ.

وغرض «حش» بذلك الاعتذار عن ترك ما صرح به الأصل في مباحث الاستبراء وقد تكفلت لك بذكر جميع ما صرح به الأصل هنا ولو كان يفهم من «المص»

بالتأمل لزيادة الإيضاح والبيان أن كثيرًا من القاصرين مثلي لا يهتدي لفهم ما حذف «المص» من أصله كما هو مشاهد، ولله الحمد.

● ص:

وكإن عتقت إلا أن يغيب بعيداً أو سبق استبراء أو عدة فلا شيء على غير أم الولد.

● ش:

هذا تشبيه في وجوب الاستبراء بتجدد الملك وسوء الظن وموت السيد وهو عطف على قوله فيما مر: كإن طلقت.

يعني: أن من أسباب الاستبراء العتق تعليقًا أو تنجيزًا، فإذا أعتق السيد أمته وجب استبراؤها من مائه بحيضة إلا أن يغيب السيد عنها غيبة بعيدة علم أنه لم يقدم منها فحاضت في غيبته قبل العتق أو سبق على العتق استبراء أو انقضاء عدة، فإن غاب بعيدًا وحاضت قبل العتق أو استبرأها أو انقضت عدتها قبل العتق فلا شيء عليها إذا كانت غير أم ولد، أما أم الولد فلا بد من استبرائها بالعتق مطلقًا ولو غاب عليها أو استبرأها أو انقضت عدتها قبل العتق لأنها فراش للسيد كالزوجة، فالحيضة في حقها كالعدة في حق الزوجة الحرة، فكما أن الحرة تستأنف عدة بعد الموت أو الطلاق ولو غاب زوجها بعيدًا أو تم استبراؤها من زنا أو شبهة قبله، ولا تكتفي بما ذكر، فكذلك أم الولد لا تكتفي باستبراء أو عدة سابقين ولا بغيبة السيد عنها ولو سنين إذا أرسل لها العتق في غيبته.

فتحصل أن عتق أم الولد موجب لاستبرائها مطلقًا كغيرها إن وطئت قبل العتق ولم تستبرأ أو تخرج من عدة ولم يغب عنها السيد بعيدًا.

أما لو استبرأها أو خرجت من العدة أو غاب عنها بعيدًا أو حاضت في غيبته ثم أعتقها حلت للأزواج مكانها.

وبعبارة: محل وجوب الاستبراء بالعتق إذا أراد تزويجها لأجنبي، أما إذا أراد أن يتزوجها معتقها فلا استبراء عليه إن كانت خالية من عدة إلا إذا أعتقها بفور الشراء فتبدأ كما يأتي.

ثم شبه في عدم الاستبراء المأخوذ من قوله: فلا شيء على غير أم الولد فقال:

● **ص:**

كمن حاضت عنده ثم ملكها.

● **ش:**

هذا شروع في محترزات الشروط السابقة، وهذا محترز الشرط الأول وهو قوله: لم توقف براءتها، والمعنى: أن من عنده أمة مودعة أو مرهونة أو مبيعة بخيار أو أمة زوجته فحاضت عنده ولم تخرج ولم يلج عليها سيد فاشتراها من مالكها أو ملكها بوجه من الوجوه فإنه لا يجب عليه استبراء فيطؤها بدونه لتيقن براءة رحمها وغلبة الظن في العفة كاليقين.

تنبيهان:

الأول: الاستبراء في هذا الباب بحيضة فإن تأخرت الحيضة عن القن أو أم الولد وغيرهما عن عادتها بلا سبب أو لرضاع أو مرض أو استحيضت ولم تميز فاستبراءها ثلاثة أشهر كالصغيرة والبغلة والآيسة، وكذا من عادتها الحيض بعد التسعة وإن كان عادتها الحيض بعد ثلاثة أشهر فهل تكتفي بثلاثة أشهر أو لا بد من الحيض؟ خلاف، ورجح الأول. ومحل الاستبراء بثلاثة أشهر فيمن تأخر حيضها أو تحيض ولم تميز إذا لم ترتب، فإن حصلت لها ريبة فتستبرئ أربعة أشهر، فإن زالت الريبة حلت وإلا فأقصى الحمل، وأما الحامل فاستبراؤها بوضع الحمل كله وإن دمًا اجتمع، وتتربص أقصى أمد الحمل إن ارتابت.

الثاني: يحرم على المالك في زمن الاستبراء الاستمتاع بجميع أنواعه من وطء ومقدمات حاملًا أم لا إلا أن يكون الاستبراء من زنا أو غصب أو اشتباه وهي ظاهرة الحمل من سيدها فلا يحرم وطئها ولا الاستمتاع بها، ذكره الأصل وشراحه و«المص» اتكل على ما سبق في العدة، وتقدم اعتذار «حش»، ترك ذلك كما أسلفنا.

ثم عطف المشبه السابق فقال:

● **ص:**

أو أعتق وتزوج.

● **ش:**

يعني: أن السيد إذا أعتق أمته الموطوءة له وأراد أن يتزوج بها فلا استبراء عليه

قبل التزوج ولا بعده لأن الماء ماؤه ووطئه الأول صحيح والاستبراء إنما يكون من الوطء الفاسد، وهذا إذا لم يكن هناك موجب لاستبرائها إلا إذا أعتقها بمجرد الشراء فيستبرئ.

وحكاية هارون الرشيد التي في «عج» وغيره ضعيفة كما في محشي الخرشي وغيره، وهي أن هارون تعلق قلبه بجارية حال شرائها فقال له مالك: أعتقها وتزوجها، وهذه الحكاية ضعيفة رواية وفقها، أما الأول فلأن الصحيح أن الذي أفتاه قاضيه أبو يوسف لا مالك، وأما الثاني فلأن المذهب وجوب الاستبراء لتجدد الملك، وقيل: إن هذه الجارية لم يشتريها هارون وإنما أهداها له رجل وقال له: إنها بريئة الرحم، فأراد أن يسمها حالًا فقيل له: إن عليك الاستبراء فقال لمالك: يا أبا عبد الله هل من حيلة؟ فقال: اعتقها فتصدق أنها بريئة الرحم وتزوجها ففعل ذلك فأرسل له عشرة آلاف دينار فردها وقال: إنما أردت وجه الله تعالى. وقد علمت ما في هذه الحكاية.

● ص:

أو اشترى زوجته.

● ش:

هذا محترز قوله لم يكن وطئها مباحًا، يعني: أن الإنسان إذا اشترى زوجته فقد ملكها وانفسخ النكاح وحينئذٍ يطؤها بالملك ولا يجب عليه استبراؤها، وسواء اشتراها قبل البناء أو بعده على المشهور لأن الماء ماؤه ووطؤه صحيح، وعبر بزوجته دون موطوئته لتخرج الأمة المستحقة فإنه يستبرئها إذا اشتراها من مستحقها.

ثم فرع على ما ذكره قوله:

● ص:

فإن باعها أو أعتقها أو عجز المكاتب قبل الدخول أو بعد وطء الملك أو بعد حيضة بحيضة وإلا فبعدة الفسخ.

● ش:

قوله: فإن باعها، أي زوجته، أي باعها بعد أن اشتراها، وقوله: أو عجز المكاتب

أي الذي اشترت زوجته فانفسخ نكاحه وأراد سيده انتزاعها ووطئها بالملك، وقوله: قبل الدخول؛ ظرف تنازعه الأفعال الثلاثة وهي باع وأعتق وعجز، وكذا الظرفان بعده وهما بعد وطء الملك وبعد حيضة تنازعهما الأفعال المتقدمة، وقوله: أو بعد وطء الملك فيه حذف، أي أو بعد الدخول وبعد وطء الملك، وكذا قوله: أو بعد حيضة عطف على محذوف، أي أو بعد الدخول وقبل وطء الملك وبعد حيضة، وقوله: حلت، أي لزوج أو سيد لكن تحل للزوج في جميع الصور وتحل للسيد في غير صورة العتق، وقوله: وإلا... إلخ، مفهوم قوله: قبل الدخول أو بعد وطء الملك أو بعد حيضة، أي وإلا بأن دخل ولم تحض، ولا وطئ بعد الشراء فتحل بعدة الفسخ، أي فسخ النكاح بسبب الشراء وهي حيضتان.

يعني: أن الزوج إذا اشترى زوجته ثم باعها قبل الدخول بها بعقد النكاح أو أعتقها قبل الدخول أو كان مكاتبًا وعجز قبل الدخول فإنها تحل لزوج في الثلاث صور وتحل لسيد في غير صورة العتق بحيضة هي استبرائها ولا عدة عليها لأنه لم يدخل بها فليس لفسخ النكاح عدة، وكذا إذا باعها أو أعتقها أو عجز بعد الدخول وبعد وطء الملك فإنها تحل بحيضة لزوج يريد تزويجها في جميع الصور ولسيد يشتريها أو يرثها أو ينتزعها إلا صورة العتق، وهذه الحيضة للاستبراء لا للعدة؛ لأن وطء الملك هدم عدة فسخ النكاح، وكذا إذا باعها أو أعتقها أو عجز بعد الدخول وبعد حيضة حصلت بعد الشراء، وقبل وطئها بالملك، فإنها تحل لزوج في الجميع أو سيد في غير العتق بحيضة أخرى تكملة عدة فسخ النكاح وتغتني بها عن حيضة الاستبراء، وأولى تحل بحيضة واحدة إذا حصل البيع أو العتق أو العجز بعد حصول حيضتين، فإذا اشتراها بعد الدخول ولم يطأها بالملك بعد الشراء ثم حاضت عنده حيضة أو حيضتين ثم باعها أو أعتقها أو عجز المكاتب ورجعت إلى السيد فإنها تكتفي بحيضة واحدة للاستبراء.

قال «دك»: وهذا في غير القن لأن القن إذا أعتقت بعد حيضتين فلا استبراء عليها بخلاف أم الولد تعتقد بعدهما فإنها تستأنف حيضة.

وعلم مما تقرر أن قول «المص»: أو بعد حيضة؛ يفهم منه بالأولى أنها تحل

بحيضة واحدة إذا حصل البيع أو العتق أو العجز بعد حيضتين، ولذا قال «الش»: وأولى حيضتين أو هو منه، أي يندرج فيه لأن البعدية ظرف متسع، وأراد بذلك لعدم الاحتياج لقول الأصل أو حيضتين، هذا كله إذا باع أو أعتق أو عجز قبل الدخول أو بعده وبعد وطء الملك أو بعد الدخول وبعد حيضة أو حيضتين بعد الشراء وقبل وطء الملك، أما إذا دخل ولم تحض ولم يطأ بعد الشراء فلا تحل لزوج ولا سيد إلا بقرين عدة فسخ النكاح كما قال: وإلا فبعدة الفسخ، يعني: أنه إذا اشتراها بعد الدخول ثم باعها أو أعتقها أو عجز قبل وطء الملك وقبل أن تحيض فإنها لا تحل لزوج في الصور الثلاث ولا لسيد في غير العتق إلا بقرءين هما عدة فسخ النكاح.

وحاصل كلامه أنه إذا اشترى زوجته ثم باعها أو أعتقها أو عجز وكان كل من البيع وما معه قبل الدخول أو بعده وبعد وطء الملك أو بعد الدخول وبعد حيضة أو حيضتين أو بعده فإنها تنحل بحيضة واحدة، وأما إن حصل البيع وما معه بعد الدخول ولم تحض بعد الشراء ولم يطأها بعد الشراء وقبل وطء الملك فإنها لا تحل إلا بقرءين عدة فسخ النكاح.

وبعبارة: إذا اشترى الزوج زوجته بعد البناء ثم باعها قبل أن يطأها بالملك أو أعتقها قبل أن يطأها بالملك أو مات قبل أن يطأها بالملك أو كان الزوج مكاتبًا ثم عجز عن الكتابة قبل أن يطأها بالملك فإنها لا تحل لسيد فيما عدى العتق، أي لم تحل لسيد اشتراها أو ورثها أو انتزعها من مكاتبه عند عجزه، ولا تحل لزوج يريد تزويجها بعد العتق أو بعد الموت أو البيع أو عجز المكاتب إلا بقرءين عدة فسخ النكاح الناشئ من شراء الزوج لزوجته لأن عدة فسخ نكاح الأمة قرءان كعدة طلاقها، وأما إذا حصل شيء من هذه الأمور الأربعة قبل الدخول فإنها تكفي حيضة الاستبراء، وإن استبرأها بعد البناء ثم باعها بعد أن وطئها بالملك أو أعتقها بعد أن وطئها بالملك أو مات عنها بعد أن وطئها بالملك فإنه يكتفي بحيضة الاستبراء لأن وطء الملك هدم عدة فسخ النكاح، وكذا إذا حصل البيع وما معه بعد حيضة حصلت بعد الشراء وقبل وطء الملك فإنها تكتفي بحيضة أخرى تكمل بها عدة فسخ النكاح وتستغني عن الاستبراء، وأولى إذا حصل ما ذكر بعد حيضتين بعد

الشراء فإنها تحل بحيضة الاستبراء.

● ص:

وإن طرأ استبراء على حائض لم يحتج له إلا أن يمضي أكثره، وهل اندفاعاً أو زمناً تأويلان، ولابن المواز ما لم تمض حيضة استبراء.

● ش:

قوله: لابن متعلق بمحذوف، أي ونسب أو عزا لابن المواز هذا القول، يعني: أنه إذا طرئ موجب استبراء من تجدد ملك أو عتق أو موت على أمة حائض في حال نزول الدم لم يحتج للاستبراء بل تكتفي بالحيض الحاصل إن كانت غير أم ولد، ومحل الاكتفاء بالحاصل إذا لم يمض أكثره فإذا مضى أكثره فلا تكتفي به بل تستأنف غيره، وهل المراد بالأكثر الأكثر اندفاعًا وهو ما ينزل في اليومين الأولين من أيام الحيض التي اعتادها لأن الدم فيهما أكثر اندفاعًا من باقي الأيام، أو الأكثر زمنًا، ولو كان أقله خروجًا؟ تأويلان، وقال ابن المواز: يكفي الحاصل ما لم تمض منه قبل موجب الاستبراء مقدار حيضة كافية في الاستبراء وهو يوم أو بعضه، وجعل الأصل كلام ابن المواز أحد التأويلين فتعقب بأنه ليس أحدهما.

● ص:

وإن وطئ جارية ابنه حلت له بلا استبراء.

● ش:

يعني: أن الأب إذا وطئ جارية ابنه الصغير أو الكبير فإنها لا تحل للأب بلا استبراء من وطئه الأول على الراجح لأنه ملكها بالقيمة بمجرد الوطء، فصار وطؤه في مملوكة له، فماؤه ليس بفاسد، حتى يوجب استبراء، فالفرض أن الابن لم يطأها وإلا حرمت عليهما معًا.

وبعبارة: لا يجب على الأب الاستبراء من وطئه الأول من حيث ذاته كأن تكون عند الأب وديعة أو مرهونة مثلًا ولم يلج عليها الابن ولا أساء الظن فإنه لا يجب استبراء في تلك الحالة أو كان الأب استبرأها قبل وطئه الأول واستبرأها الابن ولم يطأ فوطئها أبوه، أما إن كانت بحيث يجب استبراؤها ووطء الأب قبل الاستبراء فإنه

لا بد من استبرائها من وطئه الأول لعروض الفساد له بترك الاستبراء، وما مشى عليه «المص» هو الراجح كما تقدم.

وقيل: يجب استبراؤها من وطء الأب لفساد وطئه لأنه قبل ملكها وهو مبني على أن الأب لا يضمن قيمتها بتلذذ ولو بالوطء بل يكون للابن التمسك بها في يسر الأب وعسره.

● **ص:**

وإن غاب عليها مشتر بخيار له ندب للبائع إن رددت.

● **ش:**

يعني: أن من باع أمة على خيار المشتري فغاب عليها المشتري الذي له الخيار ثم ردها على البائع فإنه يندب للبائع الاستبراء، وقيل: يجب، واستقر به الأصل في التوضيح، ولا مفهوم لخيار المشتري بل وكذا إذا كان الخيار للبائع أو لهما أو لأجنبي فإنه يندب الاستبراء، وقيل: لا يندب إذا كان الخيار للبائع أو لهما أو لأجنبي؛ لظهور أمانة المشتري كالوديع.

ثم شرع يتكلم على المواضعة وهي نوع من الاستبراء لأنها تختص بمزيد أحكام، ولذا أفردها بالذكر، فقال:

● **ص:**

وللسيد والمشتري الاكتفاء باستبراء واحد عند أمين وهي المواضعة.

● **ش:**

قوله: وهي؛ عائد جعل الأمة عند أمين المفهوم من تعلق الظرف وهو عند، وإنما أنث الضمير مراعاة لخبره، وهو المواضعة، يعني: أنه يجوز أن يتفق السيد البائع للأمة والمشتري لها على الاكتفاء باستبراء واحد لأن البائع للموطوءة لا بد من استبراء، والمشتري منه لا يعتمد في وطئه على قوله، فيحصل غرض كل منهما باستبراء واحد تحت يد أمين قبل الشراء أو بعده حتى ترى الدم، وجعلها تحت يد الأمين حتى ترى الدم هي المواضعة.

قال ابن عرفة: المواضعة جعل الاستبراء مدة استبرائها في حوز مقبول خبره عن

حيضها. ولو قال ابن عرفة بدل «حيضها»: «عن براءتها» لشمل الصغيرة واليائسة فإن مواضعة كل بثلاثة أشهر، قال «حش»: يقال: تواضع الأمر كتقاتل من المقاتلة ويستعمل بتاءين من التواضع، فيقال: تتواضع بالبناء للمفعول واستعمال التفاعل متعديًا قليل كتذاكرنا العلم وتطارحنا الحديث بيننا.

● ص:

ووجبت في الموطوءة ولو شأنًا.

● ش:

يعني: أنها تجب المواضعة في الأمة الموطوءة للبائع تحقيقًا سواء كانت علية أو وخشًا بل ولو كانت موطوءة شأنًا، وهي العلية التي لم يقر البائع بوطئها لأن شأنها أن توطئ.

والعلية هي الجيدة الرائعة التي شأنها أن تراد للفراش.

والوخش بسكون الخاء المعجمة هي الخسيسة الحقيرة التي شأنها أن تراد للخدمة.

وعِلْيه بكسر العين وسكون اللام بوزن صبيه.

والحاصل: أن العلية تتواضع مطلقًا أقر البائع بوطئها أو لا، والوخش لا تتواضع إلا إذا أقر البائع بوطئها، لكن لا تتواضع إذا أقر بوطئها إلا إذا لم يستبرئها البائع قبل البيع كما في «بن»، وأما التي لم يقر بوطئها فلا مواضعة فيها وإنما يستبرئها المشتري.

وبعبارة: كل من وطئ أمته فلا يبعها حتى يستبرئها، ثم إن كانت علية فلا بد فيها من المواضعة ولا يكفي استبرائها قبل البيع، وإن كانت وخشًا فلا مواضعة فيها إلا إذا لم يستبرئها قبل البيع.

واعلم أن المواضعة لا يشترط فيها أن يريد المشتري الوطء فليست كالاستبراء، وذلك أن العلية ينقص الحمل من ثمنها، والوخش إذا أقر البائع بوطئها يخشى أن تكون حملت منه ويجبر المشتري إذا تأخر الحيض بما لا يضر الصبر له وليس في ذلك حد قاطع على المشهور، وقيل: ترد بعد شهرين، وقيل: بعد أربعة أشهر.

● ص:

وندب عند النساء وكفى واحدة.

● ش:

يعني: أنه يندب أن يكون وصفها عند النساء وكفى وصفها عند واحدة من النساء على الراجح بخلاف الترجمان فلا يكفي فيه الواحد على الراجح لأنه ليس من باب الخبر بل من باب الشهادة، وقيل: يكفي فيه الواحد لأنه من باب الخبر لا الشهادة، والعمدة على المرأة الأمينة فتصدق في إخبارها بالحيض وعدمه سواء كان لها رجل أو لا، ويكفي وصفها عند رجل أمين له زوجة أو سرية أو له امرأة محرم، وأما غير الأمين الذي لا أهل له ولا محرم فلا يكفي، وقال بعضهم: يشترط في الأمين أن يكون متزوجًا وإلا فلا يكفي ولو كان له أمة أو محرم واعتمده بعضهم.

● ص:

وكره عند أحدهما والقول للبائع فيمن توضع عنده.

● ش:

أي: إنه يكره وضعها مدة الاستبراء عند أحد المتبايعين إذا كان مأمونًا وإلا حرم، وإنما كره عند أحدهما خوف تساهل المشتري في إصابتها قبل تمام الاستبراء نظرًا لعقد البيع أو البائع نظر لتأول أنها في ضمانه، وإذا تدافع البائع والمشتري ابتداء في من توضع عنده فالقول للبائع لأن الضمان منه.

● ص:

وإذا اتفقا على غيرهما فلا تنزع منه إلا بقولهما.

● ش:

يعني: أن البائع والمشتري إن اتفقا على أن يجعلا الأمة المواضعة تحت يد أمين غيرهما في زمن الاستبراء فلا تنوع من تحت يده إلا بقولهما معًا فإن طلب نزعها أحدهما دون الآخر فلا يجاب إلا أن يكون لذلك وجه، وأما إذا اتفقا على وضعها عند أحدهما فلكل منهما الانتقال.

تنبيه:

لا مواضعة في أمة متزوجة اشتراها غير زوجها، كما أنه لا استبراء فيها لأن الزوج

مرسل عليها ولا في أمة حامل من غير سيدها لعلم المشتري بشغل الرحم بالولد، ولا في أمة معتدة من طلاق أو وفاة لأن العدة تغني عن المواضعة وعن الاستبراء، ولا في زانية ولا مغصوبة لأن الولد الناشئ عن الزنا أو الغصب لا يلحق بالبائع ولا بغيره إذ لا نسب لولد الزنا، ذكره الأصل وشراحه.

● ص:

وفسد بيع المواضعة بشرط العقد كالتطوع به في الخيار.

● ش:

يعني: أن بيع المواضعة يفسد بشرط النقد ولو من غير البائع وإن لم ينقد بالفعل سواء كان البيع على البت أو على الخيار لتردده بين السلفية والثمنية، وكذا يفسده التطوع بالنقد من غير شرط، لكن إذا كان البيع على الخيار، وأما إن تطوع المشتري بالنقد في بيع البت فلا يفسد، وهذا كله إذا وقع النص على المواضعة، أما لو اشترطا عدمها أو أبهما فلا يفسد بشرط النقد بل يبطل الشرط وينزع الثمن من البائع ويجري عليهما حكم المواضعة من الضمان وغيره ولو بعد الغيبة على الأمة ولا بد من نزع الثمن من البائع ولو لم يطلبه المبتاع ولو بيع عليه.

● ص:

وإن وقف الثمن فمصيبته ممن قضى له به.

● ش:

يعني: أن الثمن إذا وقف تحت يد أمين أيام المواضعة فتلف فإن مصيبته ممن قضى له به وهو البائع إذا رأت الدم والمشتري إن ظهر بها حمل، أو هلكت أيام المواضعة، والأنسب تأخير قوله: وإن وقف... إلخ على قوله:

● ص:

وفي الجبر على وقفه قولان.

● ش:

ليكون كالتفريع عليه، يعني: أنه اختلف في إيقاف الثمن أيام المواضعة على قولين، قيل: يجبر المشتري على وقفه أيام المواضعة تحت يد عدل حتى تخرج من

المواضعة، وقيل: لا يجبر على إخراجه من يده حتى ترى الدم فيدفعه للبائع.

● ص:

ونفقة المواضعة وضمانها على البائع والمستبرأة على المشتري.

● ش:

يعني: أن نفقة الأمة المواضعة في زمن المواضعة فنفقتها وضمانها إذا هلكت على البائع بخلاف الأمة المستبرأة فنفقتها وضمانها على المشتري.

● ص:

والمردودة بعيب أو إقالة أو فساد تستبرئ لغيبة المشتري قبل ضمانه وبعده تتواضع.

● ش:

حاصل المسألة: أن الأمة إذا ردت على بائعها بعيب أو إقالة أو فساد للبيع فإما أن يغيب عليها المشتري أو لا، وفي كلٍ إما أن ترد قبل دخولها في ضمان المشتري برؤية الدم أو بعد دخولها في ضمانه برؤية الدم، فإن لم يغيب عليها المشتري قبل الرد بأن كانت تحت البائع أو الأمين وردها لما ذكر فلا استبراء على البائع أو لا مواضعة سواء ردت قبل دخولها في ضمان المشتري أو بعده لأن المقصود منهما دفع خوف الحمل أو اختلاط الأنساب وذلك مأمون بعدم غيبة البائع.

وأما إن غاب عليها المشتري غيبة يمكن فيها الوطء وردها لواحد من هذه الأمور قبل دخولها في ضمانه برؤية الدم فإنه يجب على البائع الاستبراء للغيبة ولا تجب المواضعة، ولهذا غاب عليها المشتري من حيث أنه مشتر، وأما إن قبضها على وجه الأمانة فلا استبراء على البائع، وأما إن ردها المشتري بعد دخولها في ضمانه فإنها تتواضع إلا إن وقع الرد أول حيضها.

وقبل وبعد ظرفان متعلقان بالمردودة والضمير في ضمانه للمشتري وضمير بعده للضمان، هذا معنى كلامه رحمه الله، وفي كلام «دك» بعض مخالفة له فانظره.

* * *

[وصل في طروء العدة أو الاستبراء]

ولما أنهى الكلام على العدة منفردة وعلى الاستبراء كذلك شرع في الكلام عليهما لو اجتمعا متفقين - أي من نوع - أو مختلفين - أي من نوعين - ويسمى ذلك بيان تداخل العدد، قال بعضهم: وهو باب يمتحن به الفقهاء ويمتحنون به.

وحاصله: أن الصور تسع باعتبار القسمة العقلية وسبع في الواقع لأن الطارئ إما عدة طلاق أو وفاة أو استبراء على كل من الثلاثة بتسع غير أن لا يتصور طروء عدة وفاة أو طلاق على عدة وفاة، فالموت يطرئ على الاستبراء فقط وكل من الاستبراء وعدة الطلاق يطرئ عليه أحد الثلاثة فهذه سبعة، والقاعدة أن الطارئ يهدم السابق، إلا إذا كان الطارئ أو المطروء عليه عدة وفاة فأقصى الأجلين، فقال:

● ص:

وصل: إن طرأ عدة أو استبراء على مثله انهدم الأول واستنئنفت الثاني.

● ش:

قوله: على مثله؛ المراد المثلية العامة في أنه أحد الأمرين وهما العدة والاستبراء فهو في قوة قوله: إن طرأ واحد من هذين على واحد منهما فيشمل أربع صور: طروء عدة على عدة أو على استبراء، وطروء استبراء على استبراء أو عدة، ولو أريد المثلية الخاصة لكان قاصرًا على صورتين طروء عدة على عدة، وطروء استبراء على استبراء.

والصور في الحقيقة سبع: طروء عدة وفاة أو طلاق أو استبراء على عدة طلاق أو استبراء، وطروء استبراء على عدة وفاة، وقد علمت أنه يمتنع صورتان طروء عدة وفاة أو طلاق على عدة وفاة، فحينئذٍ ينحصر طروء العدة على مثلها بطروء عدة طلاق على طلاق وطروء عدة وفاة على طلاق.

والمعنى: أن المرأة إذا كانت معتدة من طلاق أو مستبرأة فطرأ عليها عدة وفاة أو طلاق أو استبراء، أو كانت معتدة من وفاة فطرأ عليها استبراء، فإن الطارئ يهدم

السابق في هذه السبع، أي يبطل حكمه مطلقًا سواء كان الطارئ والمطروء عليه من رجل أو رجلين بفعل سائغ أو لا إلا إذا كان الطارئ والمطروء عليه عدة وفاة فأقصى الأجلين، وذلك في ثلاث صور من السبع: طروء عدة وفاة على استبراء، أو على عدة طلاق، وطروء استبراء على عدة وفاة.

وإذا انهدم الأول وهو المطروء عليه استئنفت للثاني وهو الطارئ، وذلك في الأربع صور التي لا تمكث فيها أقصى الأجلين، فقوله: واستئنفت الثاني؛ فيه تسامح لأن ذلك في الصور التي ليس فيها أقصى الأجلين.

وبعبارة: قوله: استئنفت الثاني أعم من كون الثاني غير الأول فقط أو هو مع الأول فيندرج فيه من لزمها أقصى الأجلين إذ يقال فيها انهدم الأول من حيث الخصوص فبهذا يندفع ما قد يقال: إن قول «المص»: انهدم الأول واستئنفت الثاني منتقض بمن يلزمها أقصى الأجلين، وقد يجاب أيضًا بأن قوله: انهدم الأول... إلخ أي غالبًا، ففي عبارته تسامح كما مر ولا بد من التسامح في قولهم: الطارئ يهدم السابق إذ الهدم في الحقيقة بالنكاح ونحوه، وكالزنا لكن لما كانت الثمرة لا تظهر عند الطارئ نسب الهدم له، وانهدم يصح قراءته بالمعجمة، أي انقطع حكمه ومنه هدم السبي النكاح، أي قطعه، وبالمهملة أي انتقض حكمه.

ومَثَّل للقاعدة التي ذكرها وبدأ بطروء عدة على عدة، فقال:

● ص:

كمتزوج بائنته في عدتها ثم بعد البناء طلق أو مات وهل كذلك إن مات قبله أو أقصى الأجلين.

● ش:

يعني: أن من طلق زوجته بعد الدخول طلاقًا بائنًا دون الثلاث ثم تزوجها في عدتها من طلاقه البائن وبنى بها ثم بعد البناء طلقها أو مات عنها فإنها تنهدم العدة الأولى وتستأنف عدة طلاق فيما إذا طلق وعدة وفاة فيما إذا مات قبل أن يبني بها، فهل كذلك ينهدم الأول وتستأنف عدة وفاة للموت وهو ما في الأصل، أو تمكث أقصى الأجلين وهما عدة الطلاق البائن وعدة الموت الطارئ في ذلك خلاف، وفي

«عب» و«حش» الخرشي ترجيح الثاني، وفي «بن» تضعيفه.

ومفهوم قوله: ثم بعد البناء طلق أنه إذا طلقها بائنًا قبل البناء أنها لا عدة للثاني ولا ينْهدم الأول فتبني على ما مضى من العدة الأولى، والضمير في قبله للبناء.

وسيأتي مفهوم بائنته حاملًا منه قبل البينونة ثم تزوجها وطلقها أو مات عنها قبل الوضع فإن عدتها وضع حملها ويبرئها ذلك من الطلاق والموت؛ لأن عدة الحامل في الموت أو الطلاق وضع حملها كله كما مر، أفاده «خ».

وقوله: كمتزوج بائنته... إلخ؛ قال «الش» بعده: ولا بد من تسامح في نحو هذا الهدم بالنكاح. اهـ. أي أن الهدم في هذا ونحوه بالنكاح في العدة لا بالطلاق أو الموت وبائنته من أبان فهو اسم فاعل متعد؟

ومثل لطروء عدة طلاق على استبراء بقوله:

● ص:

وكمستبرأة من فاسد طلقت.

● ش:

يعني: أن ذات الزوج إذا وطئت وطئًا فاسدًا بزنًا أو اشتباه أو غصب أو غير ذلك ومكثت تستبرئ فقبل تمام الاستبراء طلقها زوجها فإنه ينهدم الاستبراء وتستأنف العدة من يوم الطلاق، فإن كانت من ذوات الحيض فثلاثة قروء، وإن كانت من ذوات الأشهر فثلاثة أشهر، وإن كانت حاملًا فبوضع الحمل كله، ومثله طروء استبراء على استبراء.

ومفهوم طلقت؛ أنه لو مات فأقصى الأجلين.

ثم ذكر مفهوم بائنته بقوله:

● ص:

وكمرتجعة مات أو طلقت ولو قصد الضرر ولم يطأ على الأرجح.

● ش:

هذا مثال لطروء عدة على عدة أيضًا، يعني: أن من طلق زوجته المدخول بها طلاقًا رجعيًا ثم ارتجعها قبل تمام عدتها ثم مات عنها أو طلقها فإنها تنهدم العدة

الأولى وتستأنف عدة طلاق أو وفاة من يوم طلق أو مات ولو قصد بالمراجعة ضررها بتطويل العدة عليها ولو لم يطأ بعد الرجعة على الأرجح وفاقًا لابن عرفة كما في «حش»، وخلافًا للأصل في قوله: بالبناء على ما مضى إن فهم منه قصد الضرر ولم يطأ بين الرجعة والطلاق الثاني فقصد بالمبالغة الرد على الأصل.

وحاصل ما فيه أنه إذا فهم منه بقرينة حال أو مقابل أنه قصد بالمراجعة ضررها بتطويل العدة عليها كأن يراجعها عند قرب تمام العدة ثم يطلقها فإنها تبني على عدتها الأولى ولا تستأنف عدة للطلاق معاملة له بنقيض قصده إذا لم يطأها، فإن وطئها بعد المراجعة استأنفت لأن وطئه هدم عدته، والراجح ما علمته وحسبه الله في قصد الضرر وقد ظلم نفسه كما في القرآن.

وقوله: لم يطأ؛ في حيز المبالغة فأولى تستأنف إذا وطئ بعد المراجعة وهذا ما لا خلاف فيه.

تنبيه:

قال «خ»: فإن قلت: من تزوج بائنة ثم طلقها قبل البناء في عدة طلاقها الأول فإنها تبني على عدة الطلاق الأول، ومن طلق المطلقة رجعيًا بعد ارتجاعها وقبل المسيس فإنها تستأنف العدة من يوم الطلاق الواقع بعد الارتجاع فما الفرق؟ قلت: العرف أن بائنته كأجنبية ومن تزوج أجنبية فطلقها قبل البناء لا عدة عليها بخلاف الرجعية فإنها كالزوجة فطلاقه الواقع فيها بعد ارتجاعها طلاق زوجة مدخول بها فتعتد منه ولا تبني على عدة الطلاق الأول لأن الارتجاع هدمها.

ومَثَّل لطروء استبراء على عدة بقوله:

● **ص:**

وكمعتدة من طلاق ولو وطئت فاسداً ومن وفاة فأقصى الأجلين كعكسه.

● **ش:**

قوله: ومن وفاة؛ عطف على قوله: من طلاق، وقوله: كعكسه، أي عكس طروء الاستبراء على عدة الوفاة وعكس ذلك هو طروء عدة الوفاة على الاستبراء فاشتمل كلامه على طروء الاستبراء على العدتين وعلى طروء عدة وفاة على استبراء.

يعني: أن المرأة إذا كانت معتدة من طلاق بائن أو رجعي فوطئت وطئًا فاسدًا باشتباه أو زنا أو غصب، أو بنكاح فاسد، سواء كان الواطئ هو المطلق أو غيره فإنها تستأنف الاستبراء من الفاسد وتنهدم عدة الطلاق أما إذا كانت معتدة من وفاة فوطئت وطئًا فاسدًا فإنها تتربص أقصى الأجلين عدة الوفاة وأمد الاستبراء فتتربص تمام ثلاثة أقراء من الوطء الفاسد إن كملت قبلها عدة الوفاة أو تمام عدة الوفاة من يوم الوفاة إن كملت قبلها الأقراء، هذا في الحرة.

وأما الأمة فعليها أقصى الأجلين أيضًا، وقد مر أن استبرائها بحيضة أو ثلاثة أشهر، وأن عدتها من وفاة زوجها شهران وخمس ليال، وكذا يتربص أقصى الأجلين في عكس ذلك، وهو ما إذا طرأت عدة الوفاة على الاستبراء من فاسد، فإذا وطئت فاسدًا ومكثت تستبرئ منه فمات زوجها قبل تمام الاستبراء فعليها أقصى الأجلين تمام استبرائها من وقت شروعها فيه، وأجل عدة الوفاة من يوم موت زوجها، والأمة الأجلان فيها أجل حيضة استبرائها وأجل عدة وفاتها؛ تنتظر حيضة من الفاسد وشهران وخمس من الموت.

تنبيهان:

الأول: قوله: وطئت فاسدًا، أي وهي حرة لأن استبرائها كعدتها، أما الأمة فعدتها قرءان، فإن وطئت فاسدًا قبل حيضة فلا تكفيها حيضة استبراء ولا بد من تمام عدتها، قاله «حش».

وبعبارة: المعتدة من طلاق إذا وطئت فاسدًا انهدمت عدتها واستأنفت الاستبراء، وهذا إذا كانت حرة، أما الأمة فلا تنهدم عدة طلاقها بالوطء الفاسد لأن عدتها قرءان، واستبرائها حيضة، فإذا وطئت فاسدًا قبل الطلاق وقبل أن تحيض فلا بد من قرءين كمال عدتها ولا ينهدم الأول.

الثاني: إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعي فوطئها المطلق ولم ينو بوطئه الرجعة وكان هذا الوطء بعد قرءين مثلًا وقلنا ينهدم الأول وتستأنف الثاني ثلاثة قروء فهل له عليه الرجعة إلى آخر هذه الثلاثة الأقراء التي هي استبراء ولا رجعة له عليها إلا في آخر العدة فقط وهو الظاهر لأنها لمجرد انقضاء عدتها تبين منه إلا أن

يكون ارتجعها، فإذا بانت منه لم يلحقها طلاقه ولا رجعة له عليها بعد ذلك، فإذا راجعها قبل انقضاء عدتها كما مر حرم عليه وطؤها في بقية استبرائها حل له وطئها. قاله «خ».

● ص:

والحمل من وطء صحيح يخرجها عن كل ما هي فيه.

● ش:

يعني: أن المعتدة من وفاة أو الطلاق إذا وطئت وطئًا فاسدًا بزنا أو غصب أو اشتباه أو بنكاح فاسد في العدة ثم ظهر بها حمل من وطء صحيح بأن يكون لاحقًا بصاحب العدة بأن وطئها الثاني قبل حيضة أو بعدها وأتت به لدون ستة أشهر إلا خمسة أيام من الوطء الفاسد أو لستة ونفاه الثاني فإن وضع هذا الحمل الناشئ عن وطء صحيح يخرجها عن كل ما هي فيه من عدة واستبراء، فيهدم أثر نفسه وأثر الفاسد فلا تستبرئ منه بالوضع، وأما لو كان الحمل من وطء فاسد كما لو وطئها الثاني بنكاح فاسد أو اشتباه وهي معتدة بعد حيضة وأتت به بعد ستة أشهر من وطء الثاني ولم ينفه فإذا وضعت يخرجها من استبرائه ومن عدة الطلاق كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

ومن فاسد يخرجها من استبرائه وعدة الطلاق.

● ش:

يعني: أن الحامل إذا كان حملها من وطء فاسد فإنه يخرجها من استبراء نفسه ومن عدة الطلاق إن كانت معتدة من طلاق وهذا حيث كان الفاسد من وطء شبهة كنكاح فاسد أو غلط كما تقدم.

وأما إذا كان الحمل الفاسد من زنا أو غصب فلا يهدم عدة الطلاق ويحسب قرأ منها كما هو طريقة الأصل تبعًا لابن محرز، وقال ابن رشد: لا بد من ثلاثة أقراء بعد الوضع.

وقوله: ومن فاسد عطف على قوله: من وطء صحيح، وعدة الطلاق عطف على

استبراء المجرور بمن، وأما إن كانت الحامل من وطء فاسد في عدة وفاة فلا يهدم وضعه عدة الوفاة وعليها أقصى الأجلين.

أما الوضع من الفاسد أو تمام عدة الوفاة فتحصل أن الحمل من وطء صحيح يخرجها عن كل ما هي فيه فيهدم أثر نفسه وغيره وإن كان من وطء فاسد أخرجها من الاستبراء منه ومن عدة الطلاق إن كانت في عدة طلاق، وإن كانت في عدة وفاة فعليها أقصى الأجلين ولا يهدم أثر الوفاة ولا يقال: إن عدة الحمل من الفاسد أكثر من عدة الوفاة من الأول فلا يتصور أقصى الأجلين لأنا نقول: قد يكون الوضع سقطًا، ويتصور أيضًا في المنفي لها زوجها ثم بعد حملها من الفاسد تبين أنه مات الآن فاستأنفت العدة.

تنبيه:

تقدم أن المعتدة من طلاق إذا وطئت بشبهة وحملت من وطء الشبهة فإن وضع حملها يخرجها من الاستبراء ومن عدة الطلاق، ومثلها في ذلك التي في عصمة الزوج فإذا وطئت بشبهة وحملت من وطء الشبهة فطلقها زوجها قبل وضعه يخرجها من استبراء وطء الشبهة ومن عدة الطلاق فلا فرق بين أن يكون الطلاق متقدمًا عن الفاسد أو متأخرًا عنه، وقيد ذلك بعضهم بما إذا كان الطلاق متقدمًا عن الفاسد، أما المتأخر فلا يهدمه حمل الفاسد.

ولما قدم التداخل باعتبار موجبين ذكر ما إذا كان الموجب واحدًا ولكن التبس بغيره، والالتباس إما من جهة محل الحكم ومحله المرأة، وأما من جهة مسببه وهو الموت، ومَثَّل للأول فقال:

- **ص:**

كإن مات عن اثنين واحداهما مطلقة بائنًا أو بنكاح فاسد ولم تعلم.

- **ش:**

هذا تشبيه في لزوم أقصى الأجلين؛ يعني: أن الرجل إذا مات عن زوجته المدخول بهما وإحداهما مطلقة بائنًا والأخرى في العصمة أو إحداهما تزوجها بنكاح فاسد والأخرى بنكاح صحيح، وفي الصورتين لم تعلم المطلقة من غيرها

ولا ذات النكاح الفاسد من الصحيح فإنه يجب على كل منهما في الصورتين أقصى الأجلين وهما أربعة أشهر وعشرة أيام وهما عدة الوفاة لاحتمال كونها المتوفى عنها وثلاثة أقراء لاحتمال كونها المطلقة في الصورة الأولى واحتمال كونها التي فسد نكاحها في الصورة الثانية، وعدة الطلاق من يوم الطلاق، وعدة الوفاة من يوم الموت.

وقولنا: المدخول بها؛ احترازًا مما إذا لم يدخل بواحدة منهما، فإنه يلزم كل واحدة عدة وفاة فقط.

وقولنا: بائنًا؛ احترازًا مما إذا كانت إحداهما مطلقة رجعيًّا فإنه لا التباس وحلتا بعد الوفاة.

وقوله: أو بنكاح فاسد ولم تعلم من ذلك أختان من نسب أو رضاع ولم تُعلم الثانية من الأولى ثم مات فتعتد كل منهما بأربعة أشهر وعشرة أيام عدة الوفاة، وبثلاث حيض استبراء فتمكث للأخرى منهما، أما لو علمت السابقة منهما لاعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام وتعتد الأخرى بثلاثة أو للاستبراء إن دخل بها ولا شيء عليها إن لم يدخل بها، فلما لم يعلم محل الحكم فيهما طولب كل منهما بالأمرين معًا إذ لا تحقق حليتهما للأزواج إلا بذلك.

وأشار للالتباس من جهة نسب الحكم بقوله:

● ص:

وأم الولد إن مات زوجها وسيدها ولم يعلم السابق، فإن كان بين موتيهما أكثر من عدة، أو فهل عدة حرة وما تستبرئ به الأمة وفي الأقل حرة، وهل قدرها كالأكثر أو الأقل؟ خلاف.

● ش:

يعني: أن أم الولد إذا زوجها سيدها لرجل ثم مات السيد أو الزوج جميعًا في غيبتهما جميعًا وعلم تقدم موت أحدهما على الآخر ولكن لم يعلم السابق منهما فلو بخلو حالهما من أربعة أوجه، فإن كان بين موتيهما أكثر من عدة الأمة، أي أكثر من شهر وخمس ليال، أو جهل مقدار ما بينهما هل هو أكثر من عدة الأمة أو أقل أو

مساو فالواجب عليها في الوجهين عدة حرة أربعة أشهر وعشر لاحتمال سبق موت السيد فيكون الزوج مات عنها حرة وعليها أيضًا ما تستبرئ به الأمة وهو حيضة لاحتمال موت الزوج أولًا وقد حلت للسيد ومات عنها بعد احتمال وطئها فلا تحل لأحد إلا بعد مجموع الأمرين، وتعتبر كل من عدة الوفاة والاستبراء من يوم موت الثاني فإن لم تر الدم تربصت تسعة أشهر، فإن لم تره ولم تحس بريبة حلت مكانها، و إن زادت ريبتها مكثت أقصى أمد الحمل.

و إن كانت بين موتيهما أقل من عدة الأمة كما لو كان بين موتيهما شهران فأقل، فالواجب عليها عدة حرة لاحتمال موت السيد أولًا فيكون الزوج مات عنها حرة وليست عليها حيضة استبراء لأنها لم تحل لسيدها على تقدير موت الزوج أولًا.

و إن كان بين موتيهما قدر عدة الأمة ففي ذلك خلاف فقيل: حكمه حكم ما إذا كان بين موتيهما أكثر من عدة الأمة فيجب عليها عدة حرة وحيضة، وقيل: حكم ما إذا كان بينهما أقل من عدة الأمة فتكتفي بعدة الحرة.

ثم إن قوله: ولم يعلم السابق؛ صادق بما إذا لم يكن سابق البتة بأن ماتوا معًا لأن السالبة تصدق بنفي الموضوع، وموضوع هذه المسألة إنما هو فيما إذا ماتا متعاقبين، ولكن تارة يعلم السابق وتارة لا يعلم، وهما لو ماتا معًا فالأصل أنها أمة إلا أنها تعتد عدة حرة احتياطًا، ففي كلامه إجمال لا يليق به إلا إذا وافق نقل، والنقل في هذه المسألة كما علمت قاله «خ» على عبارة الأصل، ومثلها عبارة «المص».

❊ ❊ ❊

[باب في الرضاع]

ثم شرع في بيان أحكام الرضاع وما يحرم منه وما لا يحرم، فقال:

● ص:

باب.

● ش:

في مسائل الرضاع، بفتح الراء وكسرها مع التاء وتركها، وأنكر الأصمعي الكسر مع التاء وهو من باب سمع وعند أهل نجد من باب ضرب، والمرأة يقال لها: مرضع إذا كان لها ولد ترضعه، فإن وصفتها بإرضاعه قلت: مرضعة، ويقال: لبن ولبان في الأدمي وغيره خلافًا لمن خص اللبن بغير الأدمي، وقال: إنما يقال في الأدمي: لبان.

والأصل في تحريم الرضاع قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء:٢٣]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، وقوله: «إن الرضاعة تحرم ما يحرم الولادة»، ففي الحديث بيان للآية وزيادة، وأن التحريم ليس مقصورًا على المباشرة، وإلى ذلك أشار بقوله:

● ص:

يحرم رضاع من لم يجاوز حولين وشهرين ولم يستغنِ بيناً عن اللبن.

● ش:

يُحَرِّم بضم حرف المضارعة وتشديد الراء المكسورة، ورضاع فاعل يحرم، ومثل النسب الآتي مفعوله، ورضاع اسم مصدر مضاف من الواقعة على الصغير أو الرضيع.

يعني: أن رضاع المرأة للصغير يحرم مثل تحريم النسب إذا كان الصغير لم يجاوز حولين وشهرين، بأن أرضعته في الحولين أو بعدهما بشهر أو شهرين لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه، أما إذا أرضعته بعد مجاوزة الحولين وشهرين فرضاعها لا يحرم، ومحل التحريم بالرضاع في الحولين إذا لم يستغنى الولد عن اللبن بالطعام بعد فطامه استغناءً بينًا بأن لم يستغن عنه أصلًا أو استغنى استغناء غير بين

بحيث يغنيه اللبن ويقوم به إذا عاد إليه بعد الفطام، أما إذا فطم أو استغنى بالطعام عن اللبن استغناء بينًا بحيث يقوم به الطعام ولا يغنيه اللبن عن الطعام إذا رد إليه فرضاعه في الحولين لا يحرم سواء كان الاستغناء فيهما بمدة قريبة أو بعيدة خلافًا لمن قال: إنه فطم، أما إن استمر الإرضاع فإنه يحرم مطلقًا استعمل الطعام أو لا كان يستغني به عن الطعام ولو فطم أو لا ويستمر تحريمه إلى تمام مدة الرضاع.

والحاصل: أنه إذا لم ينفطم واستمر على الرضاع حرم رضاعها إلى نهاية المدة ولو كان يأكل الطعام، وأما إذا فطم فإن لم يستغن بالطعام عن اللبن استغناء بينًا وأرضعت امرأة بعد فطامه بيوم أو يومين فإنه يحرم لأنه لو أعيد اللبن لكان غذاء له، وأما إن استغنى بالطعام بعد الفطام استغناء بينًا أكثر من يومين فأرضعته امرأة بعد ذلك فلا يحرم.

• **ص:**

مثل النسب.

• **ش:**

هذا مفعول يحرم، يعني: أن الرضاع يحرم مثل ما حرمه النسب من الذوات والأعيان فيحرم الأصول وإن علت والفروع وإن سفلت، وأول فعل من كل أصل لأنه أخ أو أخت أو عم أو خال أو عمة أو خالة، وكل فرع لأخ أو أخت، ومثل النسب الطهارة، وهي أمهات الزوجة وبناتها إن دخل بالزوجة، وحلائل الأبناء كما في الآية.

وبعبارة: يحرم الرضاع كل ما حرمه النسب والصهر، والمحرم من النسب سبع بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ...﴾ إلى قوله: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء:٢٣] ولم يصرح في الآية بما حرمه الرضاع إلا بالأم والأخت، وقال عليه الصلاة والسلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، فأمك من الرضاع من أرضعتك أو أرضعت من له عليك ولادة مباشرة أو بواسطة، وأمهاتها وإن علت، وأختك من رضعت معك على امرأة وكل بنت ولدتها مرضعتك أو فحلها المنسوب إليه ذلك اللبن، وبنتك كل من أرضعته زوجتك أو أمتك أو من وطئتها بزنا أو شبهة لبنك أو

أرضعتها بنتك من نسب أو رضاع، وأخوات الفحل عماتك وأخوات المرضع خالاتك، وبنات الأخ من أرضعته زوجة أخيك بلبنه، وبنات الأخت من أرضعته أختك، واستثنى العلماء من ذلك ست مسائل ستأتي.

ثم بالغ على تحريم الرضاع قوله:

• ص:

وإن من صغيرة غير مطيقة أو ميتة أو خنثى أو شك أو من الأنف.

• ش:

يعني: أن الرضاع يحرم مثل النسب ولو كان الراضع من أنثى صغيرة لا تطيق الوطء، أو من آيسة عجوز قعدت عن الولد إن قدر أن لهما لبنًا، وسواء كانت مسلمة أو كافرة حرة أو أمة، وأما الذكر فرضاع ثديه لا يحرم، وكذا يحرم الرضاع ولو من ميتة دب الطفل فرضعها سواء تحقق أن في ثديها لبنًا حال المص أو شك في ذلك عند ابن ناجي خلافًا لابن رشد وابن عبد السلام، ومثل رضاعه من الثدي ما إذا حلب منها اللبن وسقي للرضيع، وكذا يحرم الرضاع ولو من خنثى قياسًا على الشك في الحديث احتياطًا، وكذا يحرم الرضاع فيه على الأرجح وأولى لو تحقق الرضاع.

وبعبارة: يحرم وصول اللبن للجوف ولو شك في وصوله لجوف الرضيع احتياطًا سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة، وكذا يحرم الرضاع ولو حصل لجوف الرضيع من الأنف وهو السعوط بفتح السين، فالسعوط ما صب من الأنف، وأولى يحرم الوَجور بفتح الواو واللدود، والجور ما صب في وسط الفم، أو ما صب في الحلق من اللبن، واللدود ما صب في الشدق ودخل في الحلق، واعلم أن وصول اللبن لجوف الصغير يحرم ولو مصة واحدة.

• ص:

كحقنة غذي بها أو سمن أو خلط لا إن غلب عليه جنسه.

• ش:

تشبيه في التحريم، وغذي بفتح الغين والذال المعجمتين، أي شبع الرضيع بها، أي بالحقنة أو استغنى بها عن الرضاع زمنًا ما، أي وكذا الرضاع ولو وصل اللبن

لجوف الطفل بحقنة بشرط أن يكون اللبن الواصل بالحقنة فيه غذاء للطفل بالفعل وقت إنصابها، وإن احتاج بعد ذلك لغذاء بالقرب، وأما غير الحقنة كالواصل من منفذ عال كالأنف فلا يشترط فيه الغذاء بل مجرد وصوله للجوف كاف في التحريم، فلذا فصل «المص» الحقنة بالكاف ليرجع القيد وهو غذائها له، والحقنة بضم الميم دواء يصب في الدبر فيصعد إلى الجوف، والمراد بها هنا اللبن، فإذا وصل لبن المرأة إلى جوف الرضيع من الدبر نشر الحرمة، إذا كان فيه غذاء له، والغذاء بكسر الغين وبالذال المعجمة ما يتغذه به من الطعام، يقال: غذوت الصبي بالواو لا غذيته بالياء، وإنما اشترط في الحقنة الغذاء دون غيرها لأن غيرها أقرب إلى مخرج الطعام منها، فإن قلت: ما وصل الحقنة يفطر الصيام به بمجرد الوصول ولا يشترط فيه الغذاء بخلاف ما هنا فما الفرق؟ أجيب بأن أمر الرضاعة أخف للخلاف فيه، فقد قالت الشافعية لا يحرم إلا خمس رضعات متفرقات، وقوله: أو سمن فعل ماض مبني للمجهول، أي جعل سمنًا، أي وكذلك يحرم الرضاع ولو سمن اللبن، أي جعل سمنًا وأولى إذا جعل جبنًا فإذا أكل من سمن لبن امرأة أو جبنه حرمها عليه كاللبن.

وكذا يحرم ما وصل إلى الجوف من اللبن ولو خلط بغير جنسه كطعام أو شراب أو عقاقير إن كان البن غالبًا أو مساويًا، وأما إذا غلب غير جنسه عليه بأن لم يبق له طعم فلا يحرم، أما إذا خلط عليه من جنسه كما إذا خلط عليه لبن امرأة أخرى فإنهما يحرمان لأنه صار ابنًا لهما سواء كان غالبًا أو مغلوبًا أو مساويًا فلو خلط لبن مائة امرأة أو ألف وشرب منه كان ابنًا للجميع.

• ص:

ولا من الثدي أصفر.

• ش:

عطف على قوله: لا إن غلب، أي وكذا لا يحرم الماء الأصفر الذي يخرج من ثدي المرأة أو الخنثى، فإذا وصل لجوف الرضيع ماء أصفر أو أحمر ونحوه مما ليس لبن فإنه لا يحرم، ومحل ذلك ما لم يعلم أنه لبن أصفر لونه أو أحمر وإلا حرم على الصواب كما تعقب «بن» على «عب» وكذا يحرم اللبن المتغير طعمه أو ريحه.

● ص:

كلبن الرجل.

● ش:

تشبيه في عدم التحريم، يعني: أن لبن الرجل لا يحرم فإذا در ثديه فشرب منه صبي فلا يصير ابنًا له، وأولى لا يحرم لبن البهيمة، فإذا رضع صبي أو صبية على بهيمة لم يحرم تناكحهما اتفاقًا.

وفي الخرشي: أن لبن الجنية لا ينشر الحرمة، ومثله في «عب»، وتوقف فيه ولده والعدوي، والقاعدة: أن لهم ما لنا وعليهم ما علينا، والحرمة بينهم برضاع بعضهم لبعض لا شك فيها إن صح أنهما يرتضعون وإلا فقد قيل: إنهم مكلفون من أصل الخلقة فيمكن أنهم لا يحتاجون لرضاع، والكلام في إرضاعهم للإنس الظاهر تخريجه على ما سبقه في جواز نكاحهم، فقد تقدم أن مالكًا سئل عنه فقال: لا أرى به بأسًا، ولكن أخشى أن تأتي امرأة بحمل من زنا، فإذا أريد رجمها قالت: لي زوج من الجن، فظاهر هذا أن منعه سدًا للذريعة فكذلك هنا فلو عمل بإقرار الأبوين مثلًا بإرضاع جنية لطفلين لكان كلما شاء تحريم العقدين طفلين ادعيا ذلك وهذا لا يصح ولا يضبط.

ويرحم الله تعالى مالكًا حيث كان إذا سئل عن مسألة يقول: أوقعت هذه؟ فإن قيل: لا قال: امهلوني حتى تقع، وإنما تكلم في نكاح الجن لسؤال ورد عليه من اليمن أو الهند فقيل له: يا أبا عبد الله سمعنا صوتًا يخطب منا امرأة ويقول: أريد الحلال أفترى ذلك جائزًا؟ فأجابهم بما سبق. اهـ من «حش».

● ص:

وواصل من أذن وعين.

● ش:

عطف على لبن رجل، أي وكذا لا يحرم ما وصل للجوف من أذن أو عين أو من مسام شعر لعدم اتساع المتغذ فلا يسمى ذلك رضاعًا، وكذا الوصول لمجرد الحلق فليس كالصوم للجميع.

● ش:

ولا تحرم أم أخيك وعمك وخالك وولدك وإن سفل وجدته وأخته بالرضاع.

● ش:

لفظ أم مسلط على الأربعة الأُوَل وهي الأخ والعم والخال والولد لكن محط مخالفة النسب في الولد على قوله: وإن سفل لا على الولد ولم يعبر بولد الولد كأصل ليعود الضمير في قوله: وجدته وأخته على الولد، وإنما فعل ذلك لأجل الاختصار، وحق التعبير أن يقول: وأم ولد ولدك وجدت ولدك وأخته ولكنه لو فعل ذلك لفاته الاختصار لكن لا يخفى ما في عبارته من الإيهام وخفاء المراد، والمقام جدير بزيادة البيان فالأحسن ما سلكه الأصل، وإنما قلنا: أن محط مخالفة النسب على قوله: وإن سفل؛ لأن الولد دنية أمه حليلة آيسة فلا مخالفة فيها بين النسب والرضاع في عدم الحرمة فأم الولد من الرضاع تجوز للأب كأمه من النسب فيجوز له تزوج من ارتضعت ولده لصلبه أو أرضعت ولد ولده وإن سفل كما قال «المص» وقوله: بالرضاع راجع للمضاف وهو لفظ، أي أم وجدة وأخت لا تحرم عليك أم أخيك... إلخ بالرضاع، أي بسبب الرضاع لا بسبب الولادة والنسب فتحرم، والمراد بالأخ الأخ من النسب فلا تحرم عليك أمه من الرضاع، وكذا تقوله في الباقي، ومثل الأخ الأخت، ومثل العم العمة، ومثل الخال الخالة فلذا حذف من الأصل الأخت والعمة والخالة لعلم ذلك بالمقايسة أن الشيء على نظيره يقال، قال «الش» بعد قول «المص»: وإن فعل أم مسلطة على الكل وهي نسبًا أصلك أو حليلة أصلك فتحرم، أي أن أم الأخ والعم والخال إما أصلك من النسب أو حليلة أصلك فكأمه في غير أم الولد السافل لأن أم الولد السافل إما بنتك أو حلية ابنك فاكتفي «الش» بمقايسة الفعل على الأصل، واتكل على وضوح المعنى، وإنما كانت أم الأخ والعم والخال إما أصل أو حليلة أصل لأن أم أخيك إما أمك إن كان الأخ شقيقًا أو حليلة أبيك إن كان الأخ غير شقيق، ولأن أم عمك إما جدتك إن كان العم شقيقًا أو زوجة جدك لأبيك إن كان غير شقيق، ولأن أم خالك إما جدتك لأمك إذا كان خالك غير شقيق لأمك، وإنما عدل عن الاستثناء الذي في أصل المشار له بقوله: إلا أم أخيك إلى

النفي حيث قال: ولا تحرم أم أخيك لأن حرمة هذه الستة في النسب بغير عنوانها في الرضاع كما عرفت فإن حرمتها في النسب لكونها أصلًا أو حليلة أصل، وكذا الباقي وليست في الرضاع بهذا العنوان، ولذا اعترض ابن عرفة على ابن دقيق العيد في جعل هذا استثناء أو تخصيصًا، وإنما ذكره ابن رشد فرقًا بين مسمى هذا العنوان في البابين أي الراضع والنسب، وقد قيل على الأصل: الأولى عدوله عن الاستثناء إلى لا النافية كما فعل «المص».

والحاصل: أن الحديث وهو قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» باق على عمومه لم يدخله استثناء ولا تخصيص فلم تحرم هذه الستة لأنها لم يتناولها نهي من كتاب ولا سنة فهي على أصل الإباحة، قال ابن رشد: فإذا قلنا: أن الحرمة الرضاع لا تسري من قبل الرضيع إلى ولده وولد ولده من الذكران والإناث خاصة فيجوز للرجل أن يتزوج أخت ابنه من الرضاعة وأم ابنه وإن علت من الرضاعة وأم أخته من الرضاعة إذ لا حرمة بينه وبين واحدة منهن بخلاف النسب. اهـ.

وإيضاح المقام أن «المص» ذكر مسائل ستة لا تحرم بالرضاع وتحرم بالنسب:

الأولى: أم أخيك وأم أختك فإنها تحرم من النسب لأنها إما أمك أو امرأة أبيك ولو أرضعت أجنبية أخاك أو أختك لم تحرم عليك لأنها ليست أمك ولا زوجة أبيك.

الثانية: أم عمك وعمتك لأنها نسبًا إما جدتك لأبيك أو حليلة جدك وكلتاهما حرام عليك، ولو أرضعت امرأة عمك أو عمتك من النسب لم تحرم عليك لفقد الوصف المحرم في النسب وهو الجدودة.

الثالثة: أم خالك وخالتك لأنها من النسب إما جدتك لأمك أو زوجة جدك وكلتاهما حرام عليك، ولو أرضعت امرأة خالك أو خالتك لم تحرم عليك لفقد الوصف المحرم في النسب كما في الذي قبله.

الرابعة: أم ولد ولدك لأنها من النسب إما بنتك أو زوجة ابنك وكلتاهما حرام عليك ولو أرضعت امرأة أجنبية ولد ولدك لم تحرم عليك لفقد الوصف المحرم لها نسبًا.

الخامسة: جدة ولدك لأنها نسبًا إما أمك أو أم زوجتك، فما حرمت إلا بوصف النسب لك أو لزوجتك، ولو أرضعت امرأة ولدك لم تحرم عليك أمها لأنها ليست أمًا لك ولا أمًا لزوجتك.

السادسة: أخت ولدك لأنها نسبًا إما بنتك أو بنت زوجتك، ولو أرضعت امرأة ولدك لم تحرم عليها ابنتك التي هي أخت ولدك من الرضاع عليك لفقد الوصف المحرم لها نسبًا فلك نكاح أخت ولدك من الرضاع.

تنبيه:

قال «خ»: يجوز للرجل أن يتزوج بأم حفدته من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لأنها حليلة ابنه أو ابنته، بخلاف الرضاع لأنها أجنبية عنه، وكذا يحل له التزوج بجدة ولده من الرضاع ولا يحل ذلك من النسب لأنها أمه أو أم امرأته بخلاف الرضاع، وكذا يجوز له أن يتزوج بعمة ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لأنها أخته بخلاف الرضاع، وكذلك المرأة يحل لها أن تتزوج بأبي أخيها من الرضاع وبأخي ولدها من الرضاع وبأبي حفيدها من الرضاع وبجد ولدها من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب كما مر في حق الرجل.

● **ص:**

وقد ولدًا لها.

● **ش:**

يعني: أن الرضيع إذا شرب لبن امرأة حرة أو أمة أو كافرة فإنه يقدر ولدًا لتلك المرأة فيحرم عليه جميع أولادها ما تقدم وما تأخر على الرضاع، وأما إخوته أو أخواته فليسوا بأولاد لتلك المرأة ولا إخوة لإولادها لأنه يقدر ولدًا هو خاصة دون إخوته وأخواته.

والحاصل: أن الرضيع تحرم عليه المرضعة وأمهاتها وبناتها وعماتها وخالاتها، وتحرم هي على فصوله ولا تحرم على أصوله وأخوته من النسب.

وبعبارة: من أرضعته امرأة حرم عليه وعلى فصوله جميع أصولها وفصولها وعماتها وخالاتها لا على إخوته أو أخواته ولا على أصوله.

● **ص:**

ولواطئها.

● **ش:**

عطف على الجار والمجرور قبله، يعني: أن الرضيع يقدر ولدًا لها ويقدر أيضًا ولدًا لواطئها صاحب اللبن زوجًا أو سيدًا لها، بل ولو زانيًا كما يأتي، وكأن هذا الولد حاصل من بطنها وظهر فجميع أولاده وأولادها ذكورًا وإناثًا إخوة له فتحرم عليه بنات صاحب اللبن وصاحبة اللبن وإن كان الرضيع أنثى حرم على أولادهما الذكور.

● **ص:**

من الوطء مع الإنزال.

● **ش:**

من الوطء متعلق بقوله: وقدر، يعني: أن الرضيع يقدر ولدًا للواطئ صاحب اللبن من وقت الوطء لها مع الإنزال إلى انقطاع اللبن ولو بعد سنين كثيرة ولو فارقها وتزوجت غيره أزواجًا كثيرة فكل طفل رضع هذه المرأة من وقت الوطء لانقطاع اللبن صار ابنًا له، وجميع أولاده ولو من غيرها ما تقدم وما تأخر على الرضاع أخوة لذلك الطفل سواء كانت ذت لبن قبل الوطء أو حدث لها اللبن بوطئه.

وقوله: من الوطء مع الإنزال؛ احترازًا من العقد ومقدمات الوطء، والوطء بلا إنزال فإنه لا يكون ابنًا له برضاعه منها بعد شيء من هذه الأمور وقبل الإنزال، فإذا عقد عليها أو باشرها بعد العقد أو وطئها ولم ينزل فلا تثبت له الأبوة على الرضيع بذلك حتى يطأ وينزل.

● **ص:**

ولو حرامًا لا يلحق جملة.

● **ش:**

مبالغة في قوله: ولواطئها مع الإنزال، يعني: أن الولد يقدر ولدًا للواطئ مع الإنزال ولو كان وطئه حرامًا لا يلحق حمله الناشئ عنه لواطئ كما إذا زنى بامرأة

ذات لبن أو حدث لها بوطئه لبن فكل رضيع شرب من هذا اللبن يكون ابنًا لصاحبه كما إذا تزوج بمحرمة أو بخامسة عالمًا فأولى في نشر الحرمة الحرام الذي يلحق به الولد كما لو تزوج بما ذكر جاهلًا وأولى من ذلك لو كان النكاح جائزًا.

وبعبارة: يقدر الرضيع ابنًا للواطئ مع الإنزال إن كان وطئه جائزًا أو حرامًا يلحق حمله كمن تزوج خامسة أو محرمًا جهلًا أو غلط بخلية من الزوج والسيد أو بذات زوج أو سيد متيقن براءتها من حمله كصبي، بل ولو كان وطئه حرامًا لا يلحق حمله كما لو زنى أو تزوج بخامسة أو محرم نسب أو رضاع عالمًا أو وطئ ذات زوج أو سيد غلطًا فإن الولد يلحق بالزوج أو السيد إذا لم يتيقن براءتها لا بالغالط لأن الولد للفراش، ففي جميع هذه الأحوال إذا كان للمرأة لبن أو حدث لها بالوطء لبن وشرب منه رضيع فإنه يكون ابنًا لها ولصاحب اللبن.

• ص:

وهو له حتى ينقطع.

• ش:

يعني: أن اللبن منسوب للواطئ من حين الوطء الذي أنزل فيه حتى ينقطع ولو بعد سنين كثيرة ولو طلقها وتزوجت بأزواج كثيرة فكل من شرب منه قبل انقطاعه كان ابنًا له ولو شربه بعد أن تزوجت بأزواج شتى فلو طلقها زوجها أو مات عنها ولبنه في ثديها لم ينقطع ووطئها زوج ثان اشترك الثاني مع الأول في الولد الذي أرضعته بعد وطء الثاني كما أشار لذلك بقوله:

• ص:

واشتركا إن وطئها غيره.

• ش:

يعني: أنه إذا وطئها زوج غير صاحب اللبن وكان لبنه لم ينقطع فإنهما يشتركا فيه فلو كثرت الأزواج كان ابنًا للجميع ما دام لبن الأول في ثديها وانتشرت الحرمة بينه وبين الجميع، وتقدم أن الحرمة بين الرضيع وصاحب اللبن الواطئ ولو كان الوطء حرامًا مجمعًا على تحريمه كالزنا والمجمع على فساده، فلو فرض أن ذات لبن من

حلال أو حرام زنى بها ألف رجل وأرضعت ولدًا كان ولد الجميع من الرضاع.

وبعبارة: نشر الحرمة بين الرضيع وصاحب اللبن ولو حصل اللبن بسبب وطء حرام لا يلحق الولد فيه وسواء وجب فيه الحد كالزنا أو لا كالغالط بمنكوحة فإن الغلط بها لا يلحق الولد فيه بالغالط إنما الولد لصاحب الفراش وهو الزوج. قاله «خ» وتقدم نحوه.

تنبيه:

إذا وطئها رجل وهي ذات لبن من غيره فكثر اللبن بسبب وطئه ثم أمسك عنها زمنًا طويلًا ثم عاد اللبن لما كان عليه قبل الوطء فإنه يسقط حكم الواطئ، فإذا وطئها ثالث ولبن ولادة الأول مستمر فلبنها للأول والثالث دون الوسط وهو مخالف لما سبق من أنه ابن للجميع ما دام لبن الأول، وطول وطئه يسقط حكمه، هذا ما نقل عن اللخمي، وهو إنما كان له حكم في التكثير خاصة.

● **ص:**

وحرمت عليه إن أرضعت بلبنه من كان زوجًا لها لأنها زوجة ابنه.

● **ش:**

من واقعة على طفل، أي أن الزوجة تحرم على زوجها صاحب اللبن إذا أرضعت بلبنه طفلًا كان ذلك الطفل زوجًا لها سابقًا؛ لأنها حينئذٍ زوجة ابنه.

وصورة المسألة: أن امرأة تزوجت رضيعًا بولاية أبيه ثم طلقها عليه لمصلحة فتزوجت بالغًا فوطئها بإنزال فحدث لها لبن بوطئه أو كان بها لبن واستمر لوطئه فأرضعت الطفل الذي كان زوجها فتحرم على الزوج لأنها والحالة هذه أم ابنه من الرضاع، فالبنوة طرأت بعد الوطء.

وبها يلغز فيقال: امرأة أرضعت طفلًا فتأبد تحريمها على زوجها، فإن قيل في اللغز: امرأة أرضعت طفلًا فطلقت على الزوج كان لغزًا ظاهرًا لأن الطلاق يمكن بالتعليق كأن يقول لها: إن أرضعت هذا الطفل فأنت طالق فتطلق عليه بمجرد رضاعه، وشأن الألغاز التعمية لا الوضوح، هذا مراد «الش» بقوله: أما الطلاق فيمكن بالتعليق.

● **ص:**

أو له ولو بغير لبنه.

● **ش:**

قوله: أو له عطف على لها من قوله: من كان زوجًا لها فيصير التقدير وحرمت عليه إن أرضعت بلبنه من كان زوجًا لها أو أرضعت من كانت زوجًا له، أي أرضعت من كانت زوجة لزوجها، فقد استعمل «المص» الزوج في الأنثى، واستعماله في الأنثى جائز، قال تعالى: ﴿ٱسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ ٱلْجَنَّةَ﴾ [البقرة:٣٥] هذا وجه صحة العطف في قوله: أو له، وقوله: ولو بغير لبنه؛ مبالغة في التحريم، فاشتمل كلامه على صورتين، صورة قبل المبالغة، وصورة بعدها:

الأولى: تزوج رجل برضيعة وطلقها، وعنده زوجة كبيرة وطئها وبها لبن منه فأرضعت الزوجة تلك الرضيعة التي كان طلقها فإن المرضعة تحرم على زوجها أبدًا لأنها صارت أم زوجته، والعقد على البنات يحرم الأمهات.

الصورة الثانية: أن رجلًا طلق زوجته الرضيعة وتزوج بكبيرة بها لبن من غيره فقبل وطئها أرضعت تلك الرضيعة التي كان طلقها فإن المرضعة تحرم على زوجها لأنها صارت أم زوجته باعتبار ما كان والعقد على البنات يحرم الأمهات، وإيضاح هذا التركيب أن تقول: وحرمت الزوجة إن أرضعت طفلة كانت زوجة لزوجها ولو بغير لبنه لأنها صارت أم زوجته رضاعًا.

● **ص:**

وإن فارقها بعد التلذذ فأرضعت صبية ولو بغير لبنه حرمة الصبية لأنها بنت زوجته.

● **ش:**

يعني: أن الزوج إذا فارق زوجته بطلاق أو فسخ بعد التلذذ بها بوطء أو مقدماته فأرضعت بعد المفارقة صبية ولو بغير لبنه فإنها تحرم عليه تلك الصبية أبدًا؛ لأنها صارت بنت زوجته رضاعًا، والتلذذ بالأمهات يحرم البنات ولا فرق في تحريم الصبية بين أن تكون في عصمة هذا الزوج المفارق للمرضعة وبين أن لا تكون في

عصمته ويفارقها فراقًا مؤبدًا إن كانت في عصمته بأن عقد عليها وهي رضيعة.

● ص:

وإن أرضعت زوجتيه اختار وإن الأخيرة وفارق المرضعة والكل إن تلذذ بها.

● ش:

قوله: وإن الأخيرة، أي عقدًا أو رضاعًا، وإنما جاز اختيار الأخيرة لأن عقد كل وقع صحيحًا، والتحريم بالرضاع طارئ عليه بخلاف ما إذا سبقت الأخوة على العقد فإن عقد الأخيرة متعين للفساد نسبًا أو رضاعًا وإن كان قد وقع العقد عليها معًا ثم حصل الرضاع فسخًا معينًا، يعني: أن الرجل إذا كان له زوجتان رضيعتان تزوجهما واحدة بعد واحدة منهما اختار ولو الأخيرة عقدًا أو رضاعًا ويفارق الأخرى لأنهما صارتا أختين، وكذا لو كن أكثر، فإنه يختار واحدة ويفارق الباقي لصيرورتهن أخوات من الرضاع ويفارق أيضًا المرضِعة بالكسر إن كانت زوجة له لأنها صارت أم زوجته والعقد على البنات يحرم الأمهات، وهذا إن لم يتلذذ بالمرضعة، فإن تلذذ بها بوطء أو مقدماته فارق الثلاثة لأن المرضعة صارت أم زوجتيه والرضيعات صارتا بنتيها من الرضاع وقد تلذذ بأمهما.

والحاصل: أنه إذا تلذذ بالمرضعة حرم الجميع وإن لم يتلذذ بالمرضعة اختار واحدة وفارق الأخرى مع الأم، فالأم تحرم على كل حال تلذذ بها أو لا، واختيار واحدة عند عدم التلذذ بالأم هو المشهور، كمن أسلم على أختين، ورأى ابن بكير أنه لا يختار واحدة لأنه بمنزلة متزوج الأختين في عقد واحد، وفرق المشهور بأن العقد هنا وقع صحيحًا بينهما وطرأ له ما أفسده بخلاف مسألة تزوج الأختين في عقد واحد فإنه وقع فاسدًا، فلو كانت المرضعة للصغيرتين أم الزوج أو أخته فإنهما يحرمان عليه معًا بلا خلاف لأنهما صارتا أختين له أو بنتين لأخته.

● ص:

وأدبت قاصدة الإفساد ولا تغرم صداقًا.

● ش:

يعني: أن المرضعة إذا علمت الحكم وقصدت بإرضاعها الصغيرتين الإفساد

على الزوج فإنها تؤدب ولا تغرم للزوج صداق من فارقها إذ لا غرم عليه بالفسخ قبل الدخول، فإذا لم تقصد الإفساد بل فعلت ذلك جهلًا فلا تؤدب.

• ص:

ولا نكاح إن أقر به مكلف إلا الزوجة بعد العقد فلا يندفع إلا باختياره.

• ش:

ضمير به للرضاع وصح الاستثناء لأن المراد بالمكلف الشخص الصادق بالزوج والزوجة، وقوله: لا نكاح أراد به ما يشمل نفي استمرار النكاح.

يعني: أن الرضاع إذا أقر به مكلف من زوج أو زوجته ولو سفيهًا فإنه لا ينعقد نكاح بين الزوجين، فإن كان ذلك الإقرار قبل عقد النكاح فلا يجوز القدوم عليه وإن كان بعد العقد فسخ إلا إذا أقر به الزوجة فقط بعد العقد وأنكره الزوج فإنه لا يندفع عنها الزوج إلا باختياره أو تفتدي منه إن علمت من نفسها صدق الإقرار، وإقرار الزوج وحده بالرضاع كإقرارهما معًا فيفسخ به النكاح.

وبعبارة: إذا أقر الزوجان بأنهما أخوان من الرضاع وهما ممن يصح إقراره بأن يكونا مكلفين أو سفيهين فإنه يفسخ النكاح بينهما قبل الدخول وبعده سواء كان إقرارهما بالرضاع قبل العقد أو بعده، وإذا أقر به أحدهما وأنكر الآخر فإن كان الإقرار قبل العقد فلا يجوز النكاح، فإن عقداه فسخ قبل الدخول وبعده، وإن كان إقرار أحدهما بعد العقد فإن كان المقر بالعقد هو الزوج فكذلك يقبل قوله ويفسخ قبل الدخول وبعده.

وإن كانت المقرة هي الزوجة لم يفسخ لاتهامها على مفارقته ولم يتهم؛ لأن الطلاق بيده هذا معنى قوله: إلا الزوجة بعد العقد فلا يندفع إلا باختياره، أي أن الزوجة إذا أقرت بالرضاع بعد العقد فلا يندفع النكاح بالفسخ بل باختياره أو تفتدي لاتهامها على قصد فراقه.

ومثل إقرارهما أو إقرار أحدهما شهادة البينة بإقرارهما أو إقرار أحدهما فيجري فيه هذا التفصيل السابق، فإذا شهدت على إقرارهما أو إقرار أحدهما قبل العقد بأنهما أخوان من الرضاع فإن نكاحهما يفسخ قبل الدخول وبعده سواء أقاما

أحدهما أو غيرهما احتسابًا وإن قامت على إقرار أحدهما بعد العقد فإن كان الزوج فكذلك وإن كانت الزوجة لم يفسخ إلا باختيار الزوج.

• **ص:**

ولا شيء لها قبل الدخول ولو مات.

• **ش:**

هذا من تتمة قوله: إلا الزوجة بعد العقد فلا يندفع إلا باختياره.

يعني: أن الزوجة إذا أقرت بالرضاع بعد العقد وأنكر الزوج فإنه لا يفسخ النكاح إلا باختيار الزوج ولا شيء لها عليه من الصداق إن طلقها قبل الدخول في حياته بل ولو مات عنها قبله لإقرارها بفساد العقد.

وبعبارة: إذا ادعت الزوجة أخوة الرضاع وأكذبها الزوج فلا يقبل قولها والنكاح ثابت بينهما لأن الفراق ليس بيدها وليس لها طلب المهر قبل الدخول لأنها لا تستحق شيئًا إلا بالدخول وهي مقرة بفساد العقد فلا يجب لها عليه شيء ولو بالموت ولا مخلص لها من الزوج إلا بالفداء منه أو يطلق باختياره.

• **ص:**

ولها إن فسخ بالدخول المسمى إلا أن تعلم فقط فربع دينار.

• **ش:**

يعني: أنه إذا فسخ النكاح بعد الدخول فلها المسمى إن كان هناك مسمى حلال وإلا فصداق المثل وهذا إذا علما أو جهلا، أو علم الزوج وحده، وأما إن علمت هي وحدها وأنكرت العلم فلها ربع دينار فقط كالتي غرت من نفسها وتزوجت في العدة عالمة بالحكم المشار لها بقوله:

• **ص:**

كالغارة.

• **ش:**

يعني: أن من غرت الزوج بانقضاء العدة وتزوجت فيها وهي تعلم الحكم ففسخ نكاحها فإن لها ربع دينار بالدخول ولا شيء لها قبله.

● ص:

وإن أقر وحده قبل الدخول فلها النصف.

● ش:

هذا أحد الثلاث المستثناة في قولهم: كل نكاح فسخ قبل الدخول لا شيء فيه إلا نكاح الدرهمين وفرقة المتلاعنين والمتراضعين.

يعني: أن الزوج إذا أقر بالرضاع وحده بعد العقد وقبل الدخول وأنكرت الزوجة ذلك فإن لها نصف الصداق ويفسخ النكاح مؤاخذة له بإقراره وإنما لزمه النصف لأنه يتهم على أنه أقر ليفسخ بلا شيء، وإن كان إقراره بعد الدخول فإنها تستحق جميع الصداق وتقع الفرقة بينهما، وإن كان إقراره قبل العقد فلا شيء لها في فسخه بعد العقد كما يفيده كلام اللخمي لأن نكاحه وقع فاسدًا على دعواه.

● ص:

وثبت برجلين أو رجل وامرأتين وإن لم يفش.

● ش:

يعني: أن الرضاع بين الزوجين يثبت بشهادة رجلين عدلين أو برجل عدل وامرأتين وإن لم يفش ذلك منهما قبل العقد، وإن كانا غير عدلين فلا يقبلان إلا مع الفشو، ومحل ثبوته بالرجلين ما لم يحضرا العقد ساكتين فإن حضرا ساكتين فلا يقبل قولهما بعد العقد، وكذا الرجل والمرأتان، وقوله: إن لم يفش راجع للمسألتين.

وبعبارة: قوله: برجلين؛ أي وليس أحدهما أبًا لأحد الزوجين، وقوله: أو رجل وامرأتين؛ أي وليس الرجل أبًا لأحدهما وليس أحد المرأتين أمًا لأحدهما بدليل ما يأتي:

● ص:

وبرجل وامرأة وبامرأتين فشى فيهما قبل العقد ولا يشترط حينئذ العدالة.

● ش:

أي: وكذا يثبت الرضاع برجل مع امرأة، ويثبت أيضًا بامرأتين إن فشا ذلك منهما قبل العقد في الصورتين، فقوله: فيهما؛ أي في الصورتين، فإن لم يفش ذلك منهما

قبل العقد فلا يثبت بهما، وقوله: ولا يشترط حينئذٍ، أي حين الفشو، أي لا يشترط مع الفشو عدالة على الراجح مما في الأصل.

يعني: أنه مع الفشو لا يشترط عدالة الرجل والمرأة وعدالة المرأتين، ويشمل كلام «المص» ألا يسمع الأم في البالغين والأم مع امرأة أخرى في البالغين أيضًا.

● ص:

لا بامرأة ولو فشى.

● ش:

أي: ولا يثبت الرضاع بشهادة امرأة أجنبية ولو فشى ذلك منها أو من غيرها قبل العقد ولو كانت عدلة، وكذا لا يثبت برجل أجنبي ولو فشى، أما لو شهد أحد أبو الصغيرين فإنها تقبل شهادته كما يأتي.

● ص:

وندب التنزه.

● ش:

يعني: أنه يندب التنزه عن المشهود برضاعها مطلقًا، أي في كل شهادة لا توجب فراقًا كشهادة امرأة واحدة أو رجل واحد ولو عدلًا، أو شهادة رجل وامرأتين من غير فشو فيهما، ومعنى التنزه عدم الإقدام على النكاح إن لم يكن متزوجًا بها ويطلقها إن كان متزوجًا.

● ص:

وعمل في غير الرشد بإقرار أحد الأبوين قبل العقد.

● ش:

الرشد لا يكون إلا بعد البلوغ وصحة العقل، فكأنه قال: وعمل في غير البالغ العاقل الرشيد وغيره هو الصبي والمجنون والسفيه، وقوله: أحد الأبوين، أي ولو أمًّا على الراجح خلافًا لما في الأصل، وأولى لهما، أي الأم والأب، وأحد الأبوين صادق بأحد أبوي الزوج والزوجة، وقوله: قبل العقد متعلق بإقرار.

يعني: أنه إذا أقر أحد أبوي الزوج أو الزوجة قبل العقد بالرضاع فإنه يعمل بقوله

في الولد الغير الرشيد ويفسخ النكاح إن وقع، فإذا قال أبوه أو أبوها أو هما أو أمه أو أمها أو هما، أو أب أحدهما وأم الآخر أو هما: إن هذا الولد رضع مع بنتي أو هذه البنت رضعت مع ابني فإنه يقبل قول من ذكر إذا كان ذلك قبل العقد، وإذا قبلا أو أحدهما قبل عقد النكاح ثم أراد النكاح بعد ذلك، وقال: إنما قلت ذلك لعدم إرادة النكاح فلا يقبل منه هذا الاعتذار، فإن عقد عليها فسخ ولا فرق في ذلك بين الأم والأب على الراجح خلافًا للأصل كما مر، ومفهوم قوله: قبل العقد أنه إذا أقر أحد الأبوين أو هما بالرضاع بعد العقد فإنه لا يقبل إقرارهما، ولذا قال «الش»: ولا يعتبر إقرارهما بعده، أي العقد، ومفهوم غير الرشيد وهو الرشيد فيه تفصيل، فإن كان الرشيد الرجل فلا يعتبر الإقرار، وإن كان الرشيد الأنثى فأنت غير مخيرة، فكذلك لا يعتبر الإقرار ولو كانت مُجبرة قبل إقرار أبيها لا أمها، والمفهوم إن كان فيه تفصيل لا يعترض به.

وبعبارة: يعمل بإقرا أحد الأبوين في غير الرشيد من الزوجين، وأما الرشيد فالوالدان الذكران أو أحدهما كالأجانب، فإن كانا عدلين قبل مطلقًا، وإن كان أحدهما ذكر والآخر أنثى قبل فشى، ولا يقبل قول الذكر الواحد ولا الأنثى الواحدة ولو فشى إن كان الرشيد ذكرًا أو أنثى مخيرة، فإذا كانت أنثى مُجبرة قبل إقرار الأب دون الأم، والفرق أن العقد للأب فصار ذلك كإقراره على نفسه.

تنبيهان:

الأول: ذكر الأصل أن رضاع الكفر معتبر فلا فرق بين الإسلام والكفر في ثبوت الرضاع، فلو أرضعت الكافرة صغيرة مع ابنها أو صغيرًا مع ابنتها ثم أسلموا لم يحل لذلك الطفل نكاح الصغيرة ولا الكبيرة، والإسلام لا يرفع حرمة الرضاع كالنسب.

الثاني: ذكر الأصل أيضًا أن الغيلة هي وطء المرضع ويجوز لكن الجواز بمعنى خلاف الأولى، فإن تحقق ضرر الولد منع، وإن شك كره، وهي بكسر الغين المعجمة، وفي الحديث عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «هممت أن أنهى الناس عن الغيلة حتى سمعت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم» فنهيه عليه الصلاة والسلام عن الغيلة لأجل الضرر، وقيل: هي إرضاع الحامل.

[باب في النفقة]

ولما أنهى الكلام على النكاح وشروطه وموانعه شرع في الكلام على النفقات فقال:

● ص:

باب.

● ش:

ذكر فيه أسباب النفقة الثلاثة: القرابة، والرق، والنكاح.

وأقوى أسبابها النكاح، فلذا بدئ به، والنفقة مطلقًا كما قال ابن عرفة: ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف، فأخرج قه قوام معتاد غير الآدمي، وأخرج به أيضًا ما ليس بمعتاد في حال الآدمي فإنه ليس بنفقة شرعية، وقوله: بغير سرف أخرج به ما كان سرفًا فإنه ليس بنفقة شرعية ولا يحكم به الحاكم، والمراد النفقة التي يحكم بها، والمراد بالسرف الزائد على عادة الناس في نفقة المستلذة، وقيل: هو صرف زائد على ما ينبغي، والتبذير صرف الشيء فيما لا ينبغي.

● ص:

يجب نفقة الزوجة بدعائها للدخول إن حضر وإلا كفى أن لا تظهر الامتناع.

● ش:

يعني: أن الزوجة المطيقة للوطء بلا مانع الممكنة من نفسها حرة أو أمة بُوِّئت الأمة بيتًا مع زوجها البالغ حرًا أو عبدًا بدعائها هي أو مجبرة أو وكيلها الزوج للدخول ولو لم يكن عند حاكم إذا كان ذلك الدعاء بعد مضي زمن يتجهز فيه كل منهما عادة.

ومحل وجوب النفقة بهذه الشروط إن كان الزوج حاضرًا أو في حكم الحاضر وألا يكن حاضرًا ولا في حكم الحاضر بأن كان غائبًا فيكفي في وجوبها عليه من ماله أن لا تظهر الامتناع من التمكين بأن يسألها القاضي هل يمكنه من الدخول لو

حضر أو لا فإن أجابت بالتمكين وجب لها ذلك من ماله وإلا فلا شيء لها.

وبقي من الشروط: السلامة من المرض المانع من الوطء وعدم إشراف أحدهما على الموت، ونفقة زوجة العبد من غير خراجه وكتبه كصدقة ونحوها إلا لصرف كما تقدم، وهذه الشروط تؤخذ من كلامه رحمه الله، وذكر غالبها بذكر أضدادها، فلا تجب على الصغير كما سيأتي ولو دخل عليها بالغة وافتضها، ولا لغير ممكنة من نفسها، ولا لمن لم يحصل منها أو من وليها دعاء، أو حصل قبل مضي زمن يتجهز فيه كل منهما، ولا لمن أظهرت الامتناع في الغائب، ولا لغير المطيقة ولا المضيقة بها مانع كرتق ونحوه إلا أن يتلذذ بها عالمًا، ولا مع المرض البالغ حد السياق، كما أشار لذلك بقوله:

• ص:

ولا نفقة على صبي ولو دخل.

• ش:

يعني: أن شرط وجوب النفقة على الزوج أن يكون بالغًا فلا نفقة على الصبي لزوجته ولو دخل بها بالغة وافتضها. وقوله: ولو دخل؛ هو ما للقاني وغير واحد، وفي التوضيح وابن عبد السلام أن السلامة من المرض المانع والبلوغ في الزوج وإطاقة الوطء في الزوجة شروط في الدعاء للدخول، فإن دعا إليه وقد اختل أحد هذه الشروط فلا تجب لا إن دخل فتجب النفقة من غير شرط.

والحاصل: أن اللقاني وجماعة جعلوا هذه الشروط عامة في المدخول بها وغيرها فهي شروط في الدخول والدعاء جميعًا، وفي التوضيح وابن عبد السلام أنها خاصة بغير المدخول بها فهي شروط في الدعاء فقط فتجب نفقة المدخول بها من غير شرط.

• ص:

ولا لمن لا يمكن وطئها إلا أن تدخل.

• ش:

يعني: أن من وجوب شروط النفقة إمكان الوطء بأن لا يكون ثم مانع منه لم يمكن وطئها لرتق أو صغر ونحوه فلا نفقة لها إلا أن يدخل بها لأنه يستمتع بغير

الوطء وإن اطلع على العيب قبل الدخول ورضي به فكالسليمة تجب لها النفقة بالدعاء للدخول.

● ص:

ومنع إشراف أحدهما ابتداءها لا استمرارها.

● ش:

إشراف فاعل منع وابتداءها مفعوله وضمير التثنية للزوجين، يعني: أنه يشرط في وجوب النفقة على الزوج أن لا يكون أحد الزوجين مشرفًا على الموت، أي بالغًا حد السياق وهو الأخذ في النزع، فإشراف أحدهما على الموت يمنع من وجوب النفقة، وهذا الشرط إنما هو في ابتداء النفقة عند الدخول للدعاء وليس شرطًا في استمرارها على الزوج بعد الدخول فلا تنقطع بالإشراف بعد تقررها فلا يقطعها إلا الموت، والدخول مع الإشراف كالعدم لأنه في حكم الميت، فإذا طلق لا يلزمه إلا نصف الصداق، واحترز من بالإشراف من المرض الخفيف الذي يمكن معه الاستمتاع ولم يبلغ صاحبه حد السياق، فإنها تجب معه النفقة.

وبعبارة: يشترط أن لا يكون أحدهما مشرفًا على الموت عند الدعاء للدخول وإلا فلا نفقة لها لعدم القدرة على الاستمتاع بها فإن دخل فعليه النفقة ولو حال الإشراف، وغير المطيقة لا نفقة لها ولو دخل كما للقاني، ولها النفقة بالدخول على كلام التوضيح لأن المدخول بها عنده تجب لها النفقة من غير شرط.

ثم بيَّن النفقة بقوله:

● ص:

واعتبرت بالعادة ولا يكلف الفقير للغنية إلا وسعه ولا يكفي ما يمسك الحياة فقط ولا دون ستر الجسد ورفعت الفقيرة مع الغني لحالة وسطى.

● ش:

يعني: أن النفقة من قوت وإدام وكسوة وسكن إذا قدرت على الزوج فإنها تعتبر بحسب العادة بين الناس فلا يجاب لأنقص منها إن قدر، ولا تجاب الزوجة لأكثر إن طلبته، وأفهم قوله: بالعادة أنه يراعى حال البلد والبدو والحضر والسفر، فليس

بلد الخصب كبلد الجدب، ولا الحاضرة كالبادية، ولا الحاضر كالسفر، فإذا كانت عادة أهل البلد أكل الذرة مثلًا فلا يجاب لأجل القمح، وإن كانت عادة أهل البادية عدم الخبز فلا تجاب إلى الخبز، ولا يكلف بناء بيت من الطين والآجر في البادية، ولا يجاب الزوج لإسكانها بيت شعر في الحاضرة، وإذا كانت العادة في السفر أكل الخبز اليابس فلا تجاب إلى خلافه وتعتبر العادة بقدر وسع الزوج وحال الزوجة من فقر وغنى فلا يكلف الفقير للزوجة الغنية إلا وسعه بحسب حالها كما في «بن» فإذا كان حالها أعلى من حاله ولكن لا قدرة له على حالها وإنما له قدرة على حالة فوق حاله ودون حالها فإنه يجب عليه أن يرفعها عن حاله إلى ما قدر عليه، ولا يكفي من الفقير ما يمسك حياتها فقط من القوت ولا يكفي منه دون ستر الجسد كله من الكسوة، فإذا قدر على البيع المعتاد وستر الجسد ولو من خشن الطعام والملبوس فلا تطلق عليه ولو غنية ذات قدر وجمال، وإن لم يقدر إلا ما يمسك الحياة فقط دون الشبع أو على ما يستر بعض الجسد طلقت عليه كما يأتي، وإن كان الزوج غنيًا والزوجة فقيرة فإنها ترفع مع الغني لحالة وسطى بين نفقة الغني والفقير ولا تجاب لمساواة حاله في الغنى.

والحاصل: أنهما إذا تساويا فالأمر ظاهر، وإن كان فقيرًا لا قدرة له إلا على أدنى الكفاية فالعبرة بوسعه فقط وإن كان غنيًا ذا قدر وهي فقيرة أجيبت لحالة أعلى من حالها ودون حاله، وإن كانت غنية ذات قدر وهو فقير إلا إن له قدرة على أرفع من حاله ولا قدرة له على حالها رفعها بالنفقة إلى الحالة التي يقدر عليها.

وبعبارة: تعتبر العادة الجارية ببلد الزوجين في القوت من قمح أو شعير أو ذرة أو دخن وشبه ذلك، وفي الإدام من لحم ضأن أو بقر أو سمن أو عدس وزيت أو شحم أو لبن أو جبن أو بقل وشبه ذلك، وفي الكسوة من قطن أو كتان أو صوف، وفي المسكن من آجر، أو خص أو خباء، ولا يكلف الفقير للغنية إلا وُسعه بضم الواو، أي ما يمكنه بلا مشقة فادحة، فإذا كانت يناسب حالها الضأن ولا قدرة له إلا على العدس فلا يكلف إلا العدس، وإن كانت فقيرة وهو غني رفعت لحالة وسطى بين حالة الفقيرة مع الفقير وحالة الغنية مع الغني، فإذا كان يقدر على الضأن وهي

يناسب حالها العدس أعطيت حالة وسطى كلحم الجاموس، قال «دص»: فإن كان غنيًّا رفعها عن الفقر إن كانت فقيرة، وإن كان فقيرًا لزمه أن ينفق عليها نفقة معتبرًا فيها حالها من فقر أو غنى فليس على الموسر أن ينفق على الفقيرة ما يساوي نفقة الغنية ولا يكفي من غير المتسع في الغنية نفقة الفقيرة بل لا بد من رفعها عن حال الفقيرة بقدر وسعه. اهـ.

• ص:

وزيدت المرضع إلا الرقيق ولدها فليزدها السيد.

• ش:

يعني: أن الزوجة إذا كانت ترضع فإنها تزاد على النفقة المعتادة ما تقوى به على الرضاع من الأدهان ونحوها إلا المرضع التي ولدها رق فزيادة النفقة على السيد لا على الزوج كما أشار لذلك بقوله: إلا الرقيق ولدها فليزدها السيد، أي لأن الولد رق له، وكذا مأمونات الوضع كأجرة القابلة على السيد لا الأب وهو الزوج.

• ص:

وللأكولة ما يكفيها.

• ش:

يعني: أن الزوجة يجب لها ما يكفيها من القوت ولو ظهرت أنها أكولة جدًّا، أو هي مصيبة نزلت به، فإما أن يكفيها أو يفارقها كما في الحديث بخلاف من استأجر أجير بطعامه فوجده أكولًا فإن المستأجر له الخيار في إبقاء الإجارة وفسخها إلا أن يرضى الأجير بطعام وسط، فإنه لا خيار للمستأجر، ويلزمه أن يدفع للأجير طعامًا وسطًا، ونظر في ذلك بأن في إلزام الأجير بطعام وسط ضررًا به ويحط من قوته. أفاده «خ».

• ص:

وليس للمريضة وقليلة الأكل إلا أكلها.

• ش:

يعني: أن الزوجة إذا مرضت فقل أكلها أو كانت قليلة الأكل جدًّا خلقة فليس لها

علىٰ الزوج إلا ما تأكله حال المرض، وقلة الأكل علىٰ الأصوب، وهذا في غير المقرر لها نفقة معلومة و إلا لزمه ما قرر لها ولو قل أكلها بكمرض، وأما لو أراد أكلها بالمرض فقال «حش»: لم تلزمه الزيادة إلحاقًا لها بالدواء، وقال «دك»: وأما لو زاد أكلها بالمرض فإن كان من نحو فاكهة ودواء فلا يلزمه، وإن كان من القوت فيلزمه ولو نحو سكر ولو ذو عناب يتقوىٰ به، وهل ولو في المقدر لها نفقة وهو الظاهر، وكلام المواق يمكن تأويله. اهـ.

• ص:

ولا يلزم الحرير ولو اعتيد.

• ش:

يعني: أن الزوج لا يلزمه أن يكسوها ثياب الحرير والخز ولو اتسع حال الزوج ولو اعتيد بين الناس في كسوة الزوجات علىٰ الراجح مما في الأصل، فهذا مقيد لقوله: واعتبرت بالعادة، ولا فرق بين أهل المدينة المنورة وغيرها من سائر الأمصار والبلاد وعلىٰ المذهب.

• ص:

وعليه الماء وحصير وسرير احتيج له وأجرة قابلة وزينة يضر تركها ككحل ودهن معتادين وحناء.

• ش:

يعني: أن الزوج يفرض عليه الماء للشرب والطبخ وغسل الثياب والأواني والوضوء والغسل ولو من احتلام أو وطء شبهة أو زنا كما قال «الش» ولو لغسلها من غيره ولو زنا، أي يلزمه الماء ولو لغسلها من وطء غير الزوج بشبهة بل ولو بزنا، وفي «دك»: لا يلزمه لغسلها من الزنا، ويلزمه أيضًا حصير تحت الفراش أو هي الفراش باعتبار عادة أمثالها، ويلزمه الحصير المعتاد من حلف أو غيره كشمر أو خوص، ويلزمه أيضًا السرير المعتاد بينهم من خشب أو جريد إن احتيج له عادة لرفعها عن العقارب أو البراغيث وما أشبه ذلك، فإن لم يحتج له فلا يلزم.

وكذا يلزمه أيضًا أجرة القابلة التي تولد النساء لأن المرأة لا تستغني عنها،

على ما قاله أصحابنا في المفلس لا يلزمه التكسب.

وبعبارة: لا يلزم الزوجة أن تتكسب لتنفق على نفسها أو على زوجها ولو كان التكسب عادة نساء بلدها كما هو ظاهر كلامهم فلا يلزمها غزل ولا غيره مما هو من ناحية التكسب.

● ص:

ولا يلزم المشط والمكحلة والدواء وأجرة الحجامة وثياب الخروج.

● ش:

المُشط بضم الميم الآلة التي تمشط بها رأسها، يعني: المشط لا يلزم الزوج ولا تلزمه أيضًا المكحلة بضم الميم والحاء المهملة وهي الآلة التي يوضع فيها الكحل، والكحل لازم كما سبق، وأما المَشط بفتح الميم وهو ما يخمر به الرأس من دهن وحناء وغيرهما فقد سبق أنه لزمه إن كان من الزينة التي تستحضر بتركها، وكذا لا يلزمه الدواء لمرض أو جرح، ومن الدواء المبلول الذي يجعل للمريض كالعناب وقمر الدين والتمر هندي فلا يلزمه من ذلك الأعيان ولا الأثمان، وكذا لا يلزمه أجرة الحجام الذي يحجمها، ومن ذلك أجرة الطبيب فلا تلزمه، وكذا لا يلزمه الثياب التي تلبسها للخروج بها لزيارة رحم أو تهنئة أو تعزية.

● ص:

ولا يقضى بالحمام إلا لسقم أو نفاس.

● ش:

يعني: أنه لا يقضى على الزوج بدخول الحمام إلا إذا حصل لها سقم في بدنها أو نفاس فيقضي لها بالخروج إلا بالأجرة لأنها من باب الطيب والدواء وهو لا يلزم إلا إذا كانت جنبًا فيدفع لها الأجرة، إذا كانت لا تقدر إلى إزالة الجنابة إلا في الحمام للسقم أو لعدم ماء أو لبرودته في الشتاء وليس عنده ما تسخنه به.

تنبيهان:

الأول: يلزم الزوج الزيت للأكل والادهان والوقود ويلزمه الحطب للطبخ والخبز أو نحو ذلك، ويلزمه مصلح الطعام كملح وبصل وفلفل وأبزار وخل، ويلزمه اللحم

المرة بعد المرة في الجمعة، ولا على فقير إلا بقدر ما تقتضيه العادة، ولا يفرض عسل وسمن أو جبن إلا إذا كان ذلك إدامًا عادة ولا فاكهة رطبة أو يابسة كما مر إلا إذا كانت إدامًا عادة كقثاء وخيار وبطيخ، ذكره الأصل وشراحه ولم يذكره «المص» لأنه أحال ذلك على العادة فيما سبق.

الثاني: تقدم أنه لا يقضي عليه ثياب الخروج وذكر هنا أنه يقضي عليه بالخروج للحمام لسقم أو نفاس ومقتضى ذلك أنه يلزمه الثياب للخروج له فهذا يعارض ما سبق، يجاب بأنه لا معارضة لأنه لا يلزم من القضاء عليه بالخروج أنه يأتي لها بثياب تخرج بها بل تأتي بها من عندها.

● **ص:**

وله التمتع بشورتها من الصداق.

● **ش:**

الشورة بفتح الشين المعجمة متاع البيت من فرش وغطاء ولباس وآنية، يعني: أن الزوج له الانتفاع بشورة المرأة التي تجهزت بها من الصداق الذي دفعه لها فيستعمل منها ما يجوز له استعماله ويقضي له بذلك، وله منعها من بيعها وهبتها لأنه يفوت عليه الاستمتاع بها وهو حق له وقيد ذلك بعضهم بما إذا لم يمض زمن يرى أنه قد انتفع به الزوج انتفاعًا تامًا كالأربع سنين ونحوها فإن مضى لها ذلك جاز لها التصرف فيها ما لم يزد على الثلث.

وقوله: من صداقها؛ احترز به عما لو لم تقبض منه صداقًا، وإنما تجهزت من مال نفسها فليس له عليها إلا الحجر إذا تبرعت بزائد الثلث.

● **ص:**

ولا يلزمه بدلها.

● **ش:**

يعني: أن شورة المرأة إذا خلقت أو ضاعت لا يلزم الزوج بدلها بل يلزمه ما لا غنى لها عنه بعد ذلك كالغطاء والوطاء وما لا بد منه مما يقيها الحر والبرد، فإذا عوض لها ما لا غنى عنه ملكته على الظاهر لأنه ملحق بالنفقة والكسوة فإذا طلقها

فلا يأخذه وأخذ الخلق الآتي إنما يكون إذا عوض غيره كما في «حش»، قال «الش»: وله منعها من بيع شورتها قبل مضي مدة يرئ أنه حصل له فيها ما يقصد به من الاستمتاع فالسنة في ذلك قليلة كما في «بن» وقدمنا أن بعضهم حد ذلك بأربع سنين ونحوها.

● ص:

ولها منع الضيوف منها.

● ش:

يعني: أن الزوجة لها منع ضيوف الزوج من الانتفاع بشورتها كالفرش والغطاء، وإنما ينتفع الزوج بنفسه خاصة ولا يلزم الزوج كسوتها ما دام عندها ثياب عرسها كما نقله العدوي عن بعضهم.

● ص:

وله منعها ممن يوهن جسدها ومن أكل الثوم إلا أن يفقد الشم أو يأكل معها وليس له منعه عنه.

● ش:

قوله: ممن يوهن جسدها؛ أي كلًّا أو بعضًا بحيث ينقص عليه الاستمتاع كما في «حش» ومن ذلك القذل لأنه ينتن فمها، وأدخل بالكاف في كالثوم كل ذي رائحة كريهة حتى الدخان والنشوق على ما قيل.

يعني: أن الزوج له منع زوجته من فعل ما يضعف جسدها من الحرف والصنائع لأنه ينقص عليه الاستمتاع، وله منعها من القذل ما لم يقصد بذلك ضررها وكذا يقضى له منعها من أكل ثوم بضم المثلثة ونحوه من كل ما له رائحة كريهة يتأذى منها كالبصل والكراث والفجل إلا أن يكون الزوج فاقد الشم أو كان يأكله معها فليس له منعها منه، وأما هي فليس لها منع الزوج من الثوم ونحوه فلا يدخل هذا تحت قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨] بل يدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة:٢٢٨]، وقوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء:٣٤].

● **ص:**

ولا له منع أبويها ولا ولدها الدخول ولو حلف.

● **ش:**

عطف على قوله: وليس لها منعه، أي أن الزوجة ليس لها منع الزوج من الثوم وليس له منع أبويها من الدخول عليها ولا منع أولادها من غيره ولو حلف على من ذكر فيحنث في يمينه بالقضاء لكن لا يحنث بمجرد الحلف ولا بالحكم بل بالدخول لأن الحنث إنما يكون بضد المحلوف عليه، وكذا ليس له منع الإخوة والأجداد وولد الولد على ما لعبد الملك، ولكن لا يبلغ بهم الحنث بخلاف أبويها من الرضاع وأولادها من الرضاع فله منعهم من الدخول عليها كما يفيده ذلك.

وبعبارة: ليس للزوج منع أبويها وأولادها من النسب أن يدخلوا عليها فلهم الدخول بالقضاء لتتفقد حال أولادها ويتفقد الأبوان حال ابنتهما، وقد ندب الشرع إلى المواصلة والعادة جارية بذلك، ابن رشد: ويلزم الرجل أن يأذن لامرأته أن يدخل عليها ذوات رحمًا من النساء ولا يكون ذلك في الرجال إلا في ذوي المحرم منها خاصة.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

ثم شبه في التحنيث قوله:

● **ص:**

كحلفه أن لا تزور والديها وكانت مأمونة ولو شابة.

● **ش:**

يعني: أن الزوج إذا حلف على زوجته أن لا تزور والديها فإنه يحنث ويقضي لها بالزيارة إن كانت مأمونة ولو شابة وهي محمولة على الأمانة حتى يظهر خلافها، فإن لم تكن مأمونة لم تخرج ولو متجالة أو مع أمينة لتطرق الفساد بالخروج والحنث هنا من يوم الزيارة كما تقدم قبل، وإن حلف لا تزور أولادها يحنث لتصور رتبة الأولاد عن رتبة الوالدين، ونقل ابن رشد أن المتجالة يقضى لها بزيارة أخيها إن كانت مأمونة، ثم إن زيارة الوالدين تكون في الشهر مرة أو مرتين وهذا كله إذا كان الوالدان في البلد فإن بعدوا عن البلد لم يقض على الزوج بالزيارة.

• ص:

وإن حلف لا تخرج لا يُحَنَّث فيهما.

• ش:

يعني: بضم المضارعة مبني على المجهول، وضمير التثنية راجع لوالديها، يعني: أنه إذا حلف بالله بالطلاق أو بالعتق أنها لا تخرج من بيته أبدًا وأطلق لفظًا ونية فلم يخص والديها بالحلف فإنه لا يحنث ولا يقضى عليه بالخروج ولو لأبويها، والفرق بين هذه والتي قبلها أن حال التخصيص يظهر منه قصد الضرر بخلاف حال التعميم فلا يظهر منه ذلك فلذا لم يحنث حيث عمم وهذا معنى قول «الش» معللًا لعدم الحنث لأنه لم يخصهما باليمين فيبعد قصد الضرر فلم يشدد عليه.

• ص:

وقضى للصغار كل يوم وللكبار في الجمعة كالوالدين ومع أمينة إن خيف الإفساد.

• ش:

يعني: أن أولاد الزوجة من غير الزوج إذا كانوا صغارًا فإنه يقضى لهم بالدخول كل يوم مرة على أمهم لتفقد أحوالهم وإن كانوا كبارًا فإنه يقضى لهم بالدخول في كل جمعة مرة واحدة، وكذا الوالدين يقضى لهما بالدخول عليهما في كل جمعة مرة ويدخلان مع أمينة إن خاف الزوج منهما إفسادها عليه، وتكون الأمينة من جهته لا تفارقهما لئلا يختليان بهما فيغيران حالها مع زوجها، ولا فرق في دخولهما مع الأمينة بين حضوره وغيابه والحاكم وكيله كما في «بن» وغيره، ولا يعول عليهما في الخرشي وغيره من أنه إذا كان غائبًا عن البلد فليس لهما أن يأتيا بأمينة لأن الأمينة تكون من جهته لا من جهتهما، قال «خ»: قوله مع أمينة إن اتهمهما، أي بإفسادها كما في النقل فاتهامهما يأخذ مما قاله لا يوجب منعهما لإمكان التحرز منهما في ذلك، وأما أخوها وعمها وخالها وابن أخيها وابن ابن أختها فله منعهم على المذهب، كما قاله الشبرخيتي. قاله «دك».

تنبيه:

إن لم توجد الأمينة إلا بأجرة فقال «عب»: الأجرة عليه، وقال «بن»: بل عليهم،

وفي «حش»: أنه إن ثبت توقع الإفساد بوجه فالأجرة عليهما لأنهما ظالمان، والظالم أحق بالحمل عليه وقد انتفعا بزيارتها، وإن لم يكن إلا مجرد تهمة من الزوج فعليه لأنه انتفع بالحفظ وراحة القلب.

● **ص:**

ولا يمنع بقية المحارم ولا يحنث فيهم.

● **ش:**

يعني: أن الزوج لا يمنع بقية محارم الزوجة كأخيها وعمها وخالها وابن أخيها وابن أختها ولا ذوات رحمها من النساء لكنه إذا حلف على عدم دخولهم لا يحنث فلا يبلغ بمنعهم الدخول لها وخروجها لهم مبلغ الأبوين في التحنيث إذ لا حنث في غيرهما لما نص عليه ذلك عبد الملك، لكن تقدم عن الشبرخيتي أن له منع من ذكر على المذهب، وأما قريب غير محرم كابن عم فله منعه جزمًا.

● **ص:**

ولغير الوضيعة أن لا تسكن مع أهله.

● **ش:**

يعني: أن الزوجة الغير الوضيعة وهي الشريفة لها الامتناع من السكنى مع أقارب زوجها كأبويه في دار واحدة لما فيه من الضرر عليها باطلاعهم على حالها إلا إذا شرطوا عليها عند العقد سكناها معهم فليس لها الامتناع ما لم يطلعوا على عوراتها، وأما الوضيعة القدر فليس لها السكنى مع أقاربه إلا لضرورة تلحقها بالسكنى معهم كالتطلع على عوراتها وإلا لشرط منها أو من وليها عند العقد أنها لا تسكن معهم فإنه يعمل بالشرط، قال عبد الملك في المرأة تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة فتقول: إن أهلك يؤذونني فأخرجهم عني أو أخرجني عنهم: رب امرأة لا يكون لها ذلك لكون صداقها قليلًا وتكون وضيعة القدر ولعله أن يكون على ذلك تزوجها وفي المنزل سعة، فأما ذات القدر فلا بد له أن يعزلها فإن حلف على ذلك حمل على الحق أبره أو أحنثه، أي يحمل على الشرع، فإن كانت من ذوات القدر حنثه القاضي وإلا فلا، وانظر هل لها الامتناع من أن تسكن مع خدمه وجواريه؟ الظاهر ليس لها ذلك لأنه له وطء أمته وربما احتاج إلى خدمة أرقائه. أفاده «خ».

● ص:

ولكل إخراج ولد لم يعلم به قبل البناء ووجد من يحضنه.

● ش:

يعني: أن كلًا من الزوجين له إخراج ولد الآخر من غيره وإبعاده عنه، أي له الامتناع من السكن معه إذا لم يعلم بالولد قبل البناء ووجد للولد من يحضنه فالموضوع أنه صغير، أما إن علمه قبل البناء فلا يبعده عنه ولو وجد من يحضنه، وكذا إن لم يعلم به ولم يوجد له حاضن، فمع عدم الحاضن لا يعزله عنه علم قبل البناء أو لا، بل يجبر على إقامة معه بالمنزل.

● ص:

والخَلَق له إلا أن يكون لها عرفًا.

● ش:

الخلق بفتح اللام هو القديم البالي؛ يعني: أن الخلق من الكسوة يكون يقضي به للزوج حيث أتى لها بجديد بدله إلا أن يكون للزوجة في العرف، فإنه يقضى لها به الزوج عملًا بالعرف.

● ص:

وضمنت بالقبض مطلقًا.

● ش:

نائب فاعل ضمنت يعود على النفقة الشاملة للكسوة، يعني: أن الزوجة إذا قبضت نفقتها من الزوج أو وكيله فضاعت منها أو تلفت فإنها تضمنها بالقبض مطلقًا قامت على ضياعها بينة أو لا، كان ضياعها أو تلفها بسببها أو لا، كانت حالة أو ماضية أو مستقبلة؛ لأنها قبضتها لحق نفسها، وكذا ما تقبضه المرضعة في أجرة رضاعها تضمنه مطلقًا على القاعدة في من قبض لحق نفسه فإنه يضمن مطلقًا.

● ص:

كنفقة الولد إلا لبينة على ضياع المستقبلة.

● ش:

تشبيه في الضمان، يعني: أن الحاضنة إذا قبضت نفقة الولد الذي في حضانتها

لتنفقها عليه فإن كانت ماضية ضمنتها مطلقًا فرطت أو لا، قامت لها بينة على الضياع أو لا؛ لأنها وإن كانت أمانة عندها لكن لما كان يقضي لها بقبضها كان لها شبه بما تقبضه لحق نفسها فأعطيت حكمًا وسطًا وهو ضمان الماضية مطلقًا وضمان المستقبلة ضمان العواري والرهان فتضمنها إلا أن يقوم لها بينة على الضياع فلا تضمن ويرجع الولد على الأب، فتحصل أن الماضية تضمنها مطلقًا كنفقتها لأنها كدين لها قبضته، وكذا تضمن المستقبلة إلا لبينة على الضياع بلا تفريط فلا تضمنها لأنها لم تقبضها لحق نفسها ولا هي متمحضة للأمانة بما أخذتا لحق المضمون فتضمنها كالعواري والرهان.

• ص:

واللازم الأعيان وجاز فرض الأثمان ومقاصتها بدينه إلا لضرر.

• ش:

يعني: أن اللازم للزوج بالأصالة الأعيان المتقدمة، أي ذوات المأكولات والمشروبات والملبوسات ويجوز فرض الأثمان عوضًا عن الأعيان برضى الزوجة فيعطيها ثمن ما لزمه من قوت وكسوة وماء وغير ذلك ويزيدها إن غلا السعر ما لم تشتر الجميع أيام الرضا وفي الرخص ترد له ما زاد حيث لم تشتر الجميع أيام الغلاء إلا أن يسكت مدة يرى فيها أنه قصد التبرع بالتوسعة.

وبعبارة: الذي يقضي به عن الزوج في الأصل هو ما فرض لها من الأعيان لا ثمنه، وللزوج أن يعطي الثمن عن ذلك، وظاهر كلامهم الجواز ولو كان الذي لزمه لها طعامًا يمنع بيعه قبل قبضه وهو كذلك على أحد قولين بناء على أن تحريم بيع الطعام قبل قبضه معلل بالغيبة عليه وهي مفقودة بين الزوجين، وقيل: إنه غير معلل وعليه فلا يمتنع ذلك وهو القول الآخر، وأنت إذا تأملت تجد هذا الكلام لا يناسب إلا عبارة الأصل حيث قال: ويجوز إعطاء الثمن عما لزمه لأنه يفيد أن المفروض على الزوج أعيان فيعطيها الثمن بدل المفروض، وأما مصنفنا فقد قال: وجاز فرض الأثمان فتفيد أنه من أول الأمر ما فرض لها إلا ثمنًا وإن كان اللازم بالأصالة الأعيان فتدبر، وقوله: والمقاصة عطف على فاعل جاز؛ يعني: أنه يجوز للزوج أن

يقاصص زوجته بدينه الذي له عليها بأن يسقطه عنها فيما وجب لها من النفقة إن كان الذي فرض لها غناء أو كانت النفقة من جنس الدين، ومحل إجابة الزوج إذا دعي للمقاصة وجبرها عليها ما لم يحصل بسببها ضرر للزوجة بأن كانت فقيرة الحال فإنه إذا قاصصها بدينه وأسقط نفقتها في ذلك حصل لها الضرر وضياع الحال.

• ص:

وسقطت بالأكل معه ولها الامتناع.

• ش:

يعني: أن نفقة الزوجة من أعيان وأثمان تسقط بالأكل مع زوجها ولو كانت مقررة، والكسوة كالنفقة، فإذا كساها معه فليس لها غيرها، قال «خ»: وهذا ظاهر في النفقة ولو محجورًا عليها لأن السفيه لا يحجر عليه في نفقة، وأما الكسوة إذا كانت محجورة فلا تسقط كسوتها المقررة أو كسوتها المعتادة بكسوتها معه. اهـ.

وهذا الكلام خلاف ظاهر «المص» كأصله، وللزوجة الامتناع من الأكل معه وتطلب فرضها أو الأعيان لتأكل وحدها.

وبعبارة: للزوجة الامتناع ابتداء وانتهاء من الأكل معه وطلب النفقة المقررة أو تقريرها إن لم تكن مقررة وينبغي لها الأكل مع الزوج لما فيه من حسن العشرة كما أنه يستحب له النوم معها في فراش واحد لما فيه من زيادة التودد إلا إذا كانت كبيرة يضره النوم معها فلا يستحب، وإذا طلبت الزوجة نفقة ماضية فادعى الزوج أنها كانت تأكل معه في تلك المدة فإنه يصدق الزوج في ذلك.

• ص:

كإن منعت الوطء أو الاستمتاع إن لم توطئ أو خرجت بلا إذن حاضر ولم يقدر على ردها.

• ش:

هذا تشبيه في سقوط النفقة، والاستمتاع معطوف على الوطء وحاضر صفة لمحذوف أي بلا إذن زوج حاضر، يعني: أن الزوجة تسقط نفقتها عن الزوج إن

منعته من الوطء أو منعته من الاستمتاع إن لم توطأ بأن قام بها ما يمنع الوطء كالرتقاء تسقط نفقتها في اليوم الذي منعت فيه ذلك لأن منعها نشوز والنفقة تسقط به، والقول قولها في عدم المنع عند التنازع لا قول الزوج؛ لأنه يتهم على إسقاط حقها من النفقة، ومحل سقوط النفقة بالمنع مما ذكر إذا لم تكن حاملًا ولا مريضة وإلا لم تسقط، و إذا ادعت أنها منعته لعذر كمرض فلا بد من إثباته بشهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال وبرجلين فيما يطلع عليه الرجال ويثبت امتناعها بإقرارها بحضرة عدلين أو عدل وامرأتين أو أحدهما مع يمين، فإذا ثبت ذلك سقط حقها من النفقة، وكذا تسقط نفقتها إذا خرجت من بيته بلا إذن وهو حاضر بالبلد ولم يقدر على ردها بنفسه أو بحاكم ينصف.

وفي الحطاب عن المسائل الملقوطة: ويحبس وليها حتى يردها لزوجها.

ومفهوم حاضر؛ أنه لو كان مسافرًا لم تسقط نفقتها بالخروج.

ومفهوم لم يقدر؛ أنها إذا خرجت وهو حاضر قادر على ردها لم تسقط لأنه كخروجها بإذنه، ومحل سقوطها بالخروج ـ كما قال «المص» ـ إن لم تكن حاملًا ولا وجعة، وإلا لم تسقط نفقتها بالخروج أو النشوز لأن نفقة الحامل للحمل، ونفقة الرجعية لا في مقابلة الاستمتاع وليس له منعها من الخروج، وبقي من الشروط أن تكون ظالمة، أما لو خرجت لظلم ركبها لم تسقط نفقتها ولو عجز عن ردها.

وبعبارة: إذا خرجت المرأة من محل طاعة زوجها بغير إذنه ولم يقدر على ردها لا بنفسه ولا بالحاكم فإن ذلك يكون نشوزًا تسقط به نفقتها وتستحق التعزير كما إذا منعت الاستمتاع أبو عمران، واستحسن في هذا الزمان أن يقال لها: إما أن ترجع إلى بيتك وتحاكي زوجك وتنصفيه وإلا فلا نفقة لك لتعذر الأحكام والإنصاف في هذا الزمان، ويؤدبها أو الحاكم على ذلك، قال: وكذلك الهاربة إلى موضع معلوم مثل الناشز، وأما إلى موضع مجهول فلا نفقة لها ولا سكنى كمطلقة خرجت من منزلها ولو قدر على ردها بخلاف النفقة فلا بد من العجز أو عدم العلم بمكانها، والفرق أن السكنى متعينة في مسكن الطلاق لا في ذمته فليس لها أن توجب في ذمته ما لم يكن عليه واجبًا.

● **ص:**

وللحامل من طلاق بائن النفقة والكسوة وإن أبينت أثنائه فمنها بقدر ما بقي منه.

● **ش:**

قوله: أبينت بضم الهمزة وكسر الموحدة، أي طلقت طلاقًا بائنًا، والضمير في أثنائه للحمل، وقوله: فمنها الضمير للكسوة، أي تعطى منها، وقوله: بقدر ما بقي منه، أي من الحمل، أي بقدر ما بقي من أشهره.

يعني: أن المطلقة بائنًا بالثلاث أو بالخلع إذا كانت حاملًا من الزوج الحر بحمل حر فإن لها على الزوج النفقة والكسوة على عادتها من أول الحمل إلى آخره، ولو بقيت الكسوة بعد وضع الحمل ويزاد لها أجرة الرضاع إذا كانت مرضعها كما يأتي، ومحل وجوب الكسوة من أول الحمل، فإن طلقت في أثناء الحمل فتأخذ من الكسوة بقدر ما بقي من أشهر الحمل بأن يقوم ما يصير لتلك الأشهر الباقية لو كسيت في أول الحمل فتعطى تلك القيمة دراهم، فإن كانت وقت الطلاق عليها كسوة تبقى لوضع الحمل فلا شيء لها، ومفهوم الحامل أنها لو كانت بائنًا غير حامل فلا نفقة لها ولا كسوة؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦]، فشرط في نفقة المطلقة أن تكون حاملًا فتنتفي النفقة لانتفاء شرطها وهو مذهبنا كالشافعي، وأوجب أبو حنيفة لها النفقة في العدة كالسكنى لأنها محبوسة بسببه.

ومفهوم البائن الرجعية وهي كالتي في العصمة فلها النفقة ويندرج فيها نفقة الحمل، وأما الحامل المتوفى عنها فحملها وارث فلا نفقة له، وأما الحامل التي لا يلحق حملها بالزوج أو يلحق به وهو رقيق أو الزوج رقيق فلا شيء لها على الزوج.

تنبيه:

تقدر النفقة على الزوج من حيث تحصيلها بحسب حال الزوج فتقدر بيوم لأرباب الصنائع والأجراء، أو جمعة كبعض الدلائين في الأسواق، أو شهر كأرباب الوظائف من إمامة أو تدريس وأرباب العلوفات كالجند، أو سنة كأرباب الرزق والبساتين والزروع، وتقدر كسوة الصيف بما يناسبه حيث احتاجت لكسوة في

الصيف وتقدر كسوة الشتاء كذلك والغطاء والوطاء في الصيف بما يناسبه والشتاء بما يناسبه بحسب العادة، ذكر ذلك الأصل وتركه «المص» استغناء عنه بقوله: واعتبرت العادة.

ولما تكلم على ابتداء وجوب النفقة وشرع يتكلم على عوارض تعرض لها بعد الوجوب وأن من تلك العوارض ما يقطع ومنها لا يقطع، وبدأ الكلام على ما لا يقطع السكنى فقال:

● ص:

واستمر مسكن البائن مطلقاً ولو مات. والأجرة من رأس المال لا إن ماتت.

● ش:

يعني: أن البائن بخلع أو بتات يستمر لها السكن لانقضاء العدة بالوضع ولو مات زوجها المطلق لها لأنه حق تعلق بذمته فلا يسقطه الموت ويستمر لها السكن مطلقًا كان المسكن له أو لا، نقد كراه أو لا، كانت هي حاملًا أو لا، وذكر في الشامل أن الحامل البائن يستمر لها المسكن والنفقة ولو مات الولد في بطنها، لكن الذي اقتصر عليه ابن الشقاق وابن سلمون أن النفقة تسقط بموت الولد في بطنها لأن بطنها صارت قبرًا له وهو التحقيق، ولكن لا تحل إلا بخروجه، وإذا قلنا باستمرار المسكن للبائن حاملًا أو لانقضاء العدة فالأجرة من رأس المال، هذا حكم البائن وأما الرجعية والتي في العصمة فلا يستمر لها المسكن إن مات إلا إذا كان له أو نقد كراه كما مر، وسقط الكسوة والنفقة بالموت لكون الحمل صار وارثًا.

والحاصل: أن النفقة والكسوة يسقطان بالموت في الجميع، ويستمر المسكن في البائن مطلقًا حاملًا أو لا، كان المسكن له أو لا، نقد كراه أو لا، وفي التي في العصمة والرجعية إن كان المسكن له أو نقد كراه.

وقوله: لا إن ماتت، بعد قوله: ولو مات، يعني: أنه إذا مات الزوج يستمر المسكن للبائن حاملًا، وأما إذا ماتت المطلقة بائنًا فلا شيء لورثتها في كراء المسكن، وكذلك الرجعية إذا ماتت لا يستمر لها المسكن، أي لا شيء لورثتها من كرائه.

● ص:

وردت النفقة مطلقًا.

● ش:

الأولى قراءة ردت بالبناء للمفعول بدليل الإطلاق ليشمل رد ورثتها إذا ماتت فحينئذٍ يشمل كلام «المص» على اثنتي عشرة صورة، موته وموتها، وهي فيهما إما في العصمة أو رجعية أو بائنة، وفي كل هذه الستة إما حاملًا أو لا، وكذا إذا كان كل منهما حيًا، ولكن طلقها بعد قبض النفقة المستقبلة طلاقًا بائنًا وهي غير حامل.

يعني: أن الزوجة سواء كانت في العصمة أو مطلقة بائنًا أو رجعيًا إذا قبضت نفقة المستقبل ثم حصل موت فإن النفقة ترد، وإن كانا حيين وطلقها بائنًا بعد قبض النفقة وهي غير حامل.

● ص:

كإن انفش.

● ش:

تشبيه في رد النفقة، يعني: أن الحامل إذا انفش حملها بعد قبض نفقته فإنها ترد نفقته جميعًا من أول الحمل لوقت الانفشاش، بخلاف التي قبلها فمن يوم الموت، وكذلك ترد كسوة الحمل ولو بعد أشهر، وسواء أنفق عليها بعد ظهوره أو قبله، وسواء أخذتها بحكم أو بغير حكم، وإذا ادعت الزوجة أن ما في بطنها ولدته، وقال الزوج: إنه ريح وانفش مثلًا فقولها بلا يمين، فالمراد بانفشاش الحمل أن يتبين أنه لم يكن حمل في بطنها بل كان علة أو ريحًا، وليس المراد به فساده وأنه كلا له بعد نكوله.

● ص:

والكسوة إن بانت بعد شهرٍ أو شهرين منها.

● ش:

هذا عطف على معمول ردت السابق فهو مشارك له في الرد؛ يعني: أن الزوج لو دفع لزوجتها كسوتها مدة مستقبلة وهي في العصمة أو رجعية ثم أبانها بعد شهرٍ أو

شهرين من يوم الكسوة ترد له، وأما لو أبانها بعد أشهر ثلاثة فأكثر فلا يرد له منها شيء، وكذا إذا كساها وهي في العصمة ثم مات أحدهما بعد شهرٍ أو شهرين فإنها ترد، وإن مات بعد أشهر فلا ترد، وكذا إذا كساها الحمل بعد الطلاق البائن ثم مات أحدهما بعد ذلك فإن كان موت أحدهما بعد شهر أو شهرين فإن الكسوة ترد، وإن كان بعد أشهر فلا رد كما نص على ذلك «خ»، وضمير منها للكسوة، أي من يومها.

● **ص:**

أو مات الولد.

● **ش:**

عطف على بانت الواقع شرطًا لرد الكسوة، يعني: أن الولد إذا مات بعد قبض حاضنته كسوته لمدة مستقبلة فإن والده يرجع بكسوته فيأخذها ولو كانت خلقة، أي بالية، وكذا يرجع بما بقي منه نفقته وبالمسكن إن لم يكن لأمه سكنى ولا تورث عن الولد كسوته فيأخذ الأب بتمامها خلافًا لمن قال: إنما يأخذ منها بقدر ميراثه فقط، وإذا مات الأب فلا شيء للولد في الكسوة المدة المستقبلة لأنها لا تلزم الأب ويرد للورثة قدر ميراثهم منها.

● **ص:**

ولها إن أرضعت أجرته.

● **ش:**

يعني: أن الحامل البائن تجب لها النفقة والكسوة والمسكن، فلو كانت مع ذلك ترضه فإنه يفترض لها أيضًا أجرة الرضاع زيادة على نفقة الحمل لأن الرضاع سبب آخر غير الحمل، والبائن لا رضاع عليها، فإن أرضعت فلها أجرة الرضاع؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦]، فالضمير في لها للبائن والحامل، وفي أجرته للرضاع المفهوم من قوله: أرضعت، وحق هذا التقديم عند قوله: وللحامل من طلاق بائن النفقة والكسوة كما أشرنا له سابقًا فتحصل أن البائن الحامل إذا كانت مرضعة لها نفقة الحمل وأجرة الرضاع مع المسكن والكسوة، وحذف الضمير من أرضعت فلم يقل أرضعته ليشمل رضاع الحمل بعد وضعه،

ويشمل ولدًا آخر معها غير الحمل، فإن كان إرضاع الحامل يضر بالولد سقط حقها من الرضاع وتدفع الأجرة لمرضعة غيرها ولا بد في أجرة المرضعة من كونها نقدًا أشهر لا طعامًا، والكلام في الولد الحر والأب الحر الذي يلحق به الولد أخذًا مما يأتي:

● ص:

ولا نفقة بدعواها بل بحركة الحمل.

● ش:

يعني: أن البائن إذا ادعت الحمل فلا تعطى النفقة بدعواها بل تعطاها بحركته وظهوره، فإذا تحرك حاسبت بما مضى قبل التحرك من قبل الطلاق، وتحرك الحمل في أربعة أشهر، وحركته بشهادة امرأتين كما في «خ».

● ص:

ولا نفقة لغير لاحق ولا لولد العبد. ونفقة الرق على مالكه.

● ش:

يعني: أنه لا نفقة لحمل غير لاحق بالزوج كحمل الملاعنة بسببه ولها السكنى لأنها محبوسة بسببه، نعم إن استلحقه أبوه لحق به وحد ولزمته النفقة من أوله، ولا نفقة أيضًا لولد العبد من مطلقة البائن ونفقته من بيت المال حيث كانت أمه حرة وإلا فعلى سيدها كما يأتي.

وقوله: ولا لولد العبد، أي وهو حمل كما هو السياق، وإن كان بعد وضعه كذلك فإن كانت رجعية فكالتي في العصمة فتجب نفقتها على زوجها الحر أو العبد حاملًا أو لا، وينفق عليها زوجها العبد من غير خراجه وكسبه كما مر، فإن عتق الزوج وهي حامل وجبت عليه من يوم عتقه إن كان حرًّا وإلا فعلى سيدها.

وبعبارة: لا نفقة على العبد لحمل زوجته المطلقة بائنًا سواء كانت حرة أو أمة إذ لا يلزم العبد أن ينفق على أولاده لعدم ملك العبد، وقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمۡلٖ...﴾ [الطلاق:٦] الآية، خاص بالزوج الحر، نعم إن أعتقه سيده قبل أن تضع وجب عليه أن ينفق على ولده إن كانت الزوجة حرة أصالة أو عتقت، وأما الرجعية

فكالزوجة على ما مر.

وبعبارة: لا نفقة على العبد لولده لأنه إتلاف لمال السيد فيما لا منفعة له فيه، ثم إن كان الولد حرًا فنفقته من بيت المال، وإن كان رقًا فعلى سيده، والحمل كالولد ونفقة الحمل الرق على مالكه لا على أبيه المطلق ولو حرًا لأن الملك مقدم على الأبوة فينفق عليه سيد أمه لقوة تصرفه بالتزويج وانتزاع المال والعفو عن الجناية وحوز الميراث دون الأب ويشكل هذا بوجوب نفقة الأمة على الزوج لأنها في مقابلة الاستمتاع ولو أعتق السيد ما في بطنها لم تسقط النفقة عنه لأنه لا يعتق إلا بالوضع لأن الغرماء يبيعونها ولو اشتراها الزوج بعد عتق السيد لجنينها فهي أم ولد بذلك الحمل ولا عبرة بعتق السيد له إلا أنه لا يبيعها هو إلا أن يظهر عليه دين سابق، فإن بيعت لغير دين رد بيعها، فإن قلت: كونها أم ولد بهذا الحمل يشكل بقولهم: أم الولد هي الحر حملها من وطء مالكها، وهي في هذه الصورة ليست حرية حملها من وطء المالك، وقد يجاب بأنه لما كان لا يعتقه إلا بعد وضعه وقد ملكه أبوه قبل ذلك فكان بمنزلة من تحرر بوطء مالكه.

وقولنا: إلا أنه لا يبيعها هو، أي السيد الغير الزوج، وأما الزوج فيجوز كما يفيده صدر العبارة، وقول المؤلف: ولا نفقة لغير لاحق... إلخ، أشار به إلى أن شروط وجوب نفقة الحمل ثلاثة، وهي لحوقه وحريته وحرية أبيه، فقد أشار للشروط بذكر أضدادها.

● ص:

وسقطت زمن عسره لا إن حبست أو حبسته.

● ش:

يعني: أن نفقة الزوجة تسقط عن الزوج بالعسر ولا ترجع عليه بها بعد يسره، فمعنى سقوطها أنها لا تلزمه ولا مطالبة لها بها ما دام معسرًا فتسقط عن الزوج في زمن إعساره فقط، وسواء دخل بها أو لا؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾ [الطلاق:٧]، وهذا معسر لم يؤت شيئًا فلا يكلف بشيء، وإذا سقطت فأنفقت على نفسها شيئًا في زمن إعساره فإنها لا ترجع عليه بشيء، وتحمل على التبرع، وسواء كان حال الإنفاق

حاضرًا أو غائبًا، وقوله: لا إن حبست أو حبسته مخرج مما قبله وهو السقوط. يعني: أن نفقة الزوجة تسقط بعسر زوجها ولا تسقط بحبسها في دين عليها لأن المانع من الاستمتاع ليس من جهتها، وهذا إن لم تكن مماطلة وإلا فلا نفقة لها، وكذلك لا تسقط نفقته إذا حبست زوجها في دين لها عليه احتمال أن يكون معه وأخفاه عنها فيكون متمكنًا من الاستمتاع بإيذائه لها، وأولى لا تسقط إذا حبسه غيرها.

• ص:

وأن سافرت لحجة الفرض أو بإذنه فلها الأقل من نفقة الحضر والسفر.

• ش:

يعني: أن الزوجة إذا سافرت لحجة الفريضة أصالة وهي حجة الإسلام ولو بلا إذن زوجها أو سافرت لحجة غير الفريضة أو لعمرة بإذنه فإن لها عليه الأقل من نفقة الحضر والسفر، فإن كانت نفقة الحضر أقل فليس لها سواها، وإن كانت نفقة السفر أقل فليس لها إلا هي، ولو كانت نفقة الحضر مقررة فلأقل الأمرين تأخذه، أما إذا سافرت لغير الفرض أصالة ولو منذورًا بغير إذنه ولم يقدر على منعها فإنها تسقط نفقتها حتى تعود.

وقوله: أو بإذنه؛ هو الراجح خلافًا لمن قال: يُعد بإذنه ملتزمًا لزيادة نفقة السفر، والموضوع أنه لم يسافر معها وإلا أنفق عليها في السفر قلت نفقته أو كثرت.

تنبيه:

ترجع الزوجة على زوجها بما تجمد عليه زمن يسره ولو تقدمه عسر وتأخر عنه عسر يوجب سقوطها ولو لم يفرضه عليه حاكم ولا يسقط العسر إلا زمنه خاصة.

ولما كان العسر لا يسقط عن الزوج إلا ما وجب عليه للغير لا ما وجب عليه لنفسه قلنا: لو أنفقت هي أو غيرها عليه أتبعته به حيث كان غير سرف، أشار لذلك فقال:

• ص:

ورجعت بما أنفقت عليه غير سرف ولو معسرًا وحلفت إن لم تُشهد أنها أنفقت لترجع.

• ش:

جار ومجرور متعلق بأنفقت وغير سرف حال من الإنفاق المفهوم من أنفقت، أي

حال كون الإنفاق غير سرف أو حال من ما أو خبر لكان محذوفة مع اسمها، أي إذا كان الإنفاق غير سرف، وقوله: ولو معسرًا مبالغة في الرجوع، وقوله: إن لم تشهد قيد في الحلف فلا حلف عليها إن أشهدت، وقوله: أنها أنفقت لترجع؛ ينازعه حلفت وشهدت، أي وحلفت أنها أنفقت لترجع إن لم تشهد أنها أنفقت لترجع.

يعني: أن الزوجة إذا أنفقت على زوجها مدة من الزمان فإنها ترجع عليه بما أنفقت عليه إذا كان ما أنفقته عليه غير سرف بالنسبة إليه، وإلى زمن الإنفاق، ولو كان الزوج معسرًا زمن الإنفاق عليه إلا أن تقصد بالإنفاق عليه الصلة فلا ترجع، وهي محمولة على الصلة حتى يظهر خلافها، وفي الإنفاق على الأجنبي عكس ذلك، قاله بعض الأشياخ وهو متجه، ومحل رجوعها على زوجها بما أنفقت إن حلفت أنها أنفقت لترجع عليه حيث لم تشهد عند الإنفاق أنها أنفقت لترجع فإن شهدت بذلك فلا يمين عليها.

• ص:

كمنفق على أجنبي.

• ش:

تشبيه تام في قوله: غير سرف فالرجوع بيمين مع عدم الإشهاد وبدو يمين مع الإشهاد ويندرج في عموم الأجنبي الربيب كما في المعيار وهو المعتمد خلافًا لما في الخرشي ومن وافقه من عدم الرجوع بنفقة الربيب، والمراد بالأجنبي الكبير بدليل ذكر الصغير بعد يمين أن من أنفق علي أجنبي كبير فإنه يرجع عليه بما أنفق غير سرف ولو معسرًا إلا لقصد صلة فلا رجوع له، وهو محمول على عدم الصلة حتى يظهر خلافها ويحلف أنه أنفق ليرجع إن لم يشهد بذلك حال الإنفاق كما سبق في الزوجة، ومحل الرجوع على الربيب فيما سبق ما لم تثبت الأم أنه التزم الإنفاق على الربيب وإلا فلا يرجع عليه كما قيد بذلك بعضهم.

• ص:

كالصغير إن علم المنفق أن له مالاً وتعذر الإنفاق منه، ونفي للرجوع.

• ش:

تشبيه في الرجوع فيستفاد منه الرجوع بغير السرف والحلف عند عدم الإشهاد

حال الإنفاق وعدم الحلف عند الإشهاد.

يعني: أن من أنفق على صغير فإنه يرجع بما أنفق بشروط:

الأول: أن يكون الإنفاق غير سرف وإلا فلا يرجع بالسرف.

الثاني: أن لا يقصد بالإنفاق الصلاة أو التبرع وإلا فلا رجوع له.

الثالث: أن يحلف أنه أنفق ليرجع إلا أن يكون أشهد فلا يمين عليه.

الرابع: أن يعلم المنفق أن له مالًا حال الإنفاق فإن لم يكن للولد مال حين الإنفاق لم يرجع عليه ولو تجدد له مال بعد ذلك.

الخامس: أن يتعذر الإنفاق على الولد من ذلك المال بأن يكون كاسدًا عرضًا غائبًا أو نقدًا يعسر الوصول إليه، فإن كان نقدًا يتيسر للصغير الإنفاق منه فلا رجوع.

السادس: أن يبقى ذلك المال لوقت الرجوع، فإن تلف أو ضاع وتجدد غيره لم يرجع، وأولى إن لم يتجدد بشيء إذ لا تنشغل ذمة الصغير كما لا تشغل ذمة وليه إن تسلف الولي ليوفي من مال الصبي فتلف المال أو لم يف بالقدر الذي تسلفه لأنه لما دخل المسلف على التوفية من المال كان كمن أنفقت ليرجع في المال فلا حق له في غير المال، وعبارة «الش» مع «المص»: وبقي للرجوع وإن لم تشغل ذمة الصغير كوليه إن تسلف ليوفي من ماله وما عدى ذلك تشغل فيه الذمة ولا عبرة بالسلف في معين كما حققه الدماصي، وقوله: وما عدا ذلك، أي ما عدا السلف ليوفي من مال الصبي بأن تسلف في ذمته أو على السكوت، يعني: أنه إن تسلف ليوفي من مال الصبي فتلسف مثلًا فلا يلزم الولي شيء، وإن تسلف هو أو على السكوت شغلت ذمته بما تسلفه.

وقوله: ولا عبرة بالسلف في معنى عطف على أول مسألة الولي من عطف العلة على المعلول، أي وإنما لم تشغل ذمة الولي إذا تسلف ليوفي من المال لأنه لا عبرة بالسلف في معين، أي لا عبرة به في شغل الذمة لأن القاعدة: أن من تسلف ليرجع في معنى لا حق له في غير ذلك المعنى، وإن قال المنفق: أنا أنفق على الصغير فإن ظهر له مال رجعت فيه لم ينفعه ذلك ولا رجوع له إلا إذا علم أن له مال حال الإنفاق كما سبق، وكذلك من قال: أنا أنفق على المسجد فإن ظهر له ريع رجعت فيه لم

ينفعه ذلك. نقله «حش» عن محشي الخرشي، وإذا سلف الولي محجوره حتى يبيع عروض المحجور فللولي الرجوع إلا أن يقصر ثمن العروض عما أسلفه له، مثلًا يرجع بما زاده الدين عن ثمن العروض، بل لو تلفت العروض بالكلية لم يرجع على المحجور بشيء لأن القاعدة: أن كل من أسلف ليرجع في معين لا يتعلقه حقه إلا بذلك المعنى كما مر.

● ص:

ورجع على الأب الموسر ولو لم يعلمه.

● ش:

يعني: أن المنفق يرجع على الصغير إذا كان له أب موسر علم به حال الإنفاق أو لا خلافًا لمن اشترط علم الأب كما على كالمال، والفرق بين الأب والمال حيث لم يشترط العلم بالأب واشترط العلم بالمال هو سد ذرائع الفساد بطرح الآباء أولادهم، أي أنه إن لم يرجع عليهم مطلقًا لطرحوا أولادهم في أماكن لا يعرفون بها لأجل عدم الرجوع عليهم فشدد عليهم لئلا تسترسل الناس على طرح أولادها، وهناك فرق آخر وهو أن الأصل عدم المال بخلاف الأب فالأصل وجوده.

● ص:

وإن منعها نفقة الحال فلها القيام فإن لم يثبت عسره أنفق أو طلق وإلا طلق عليه وإن ثبتت تلوم له بالاجتهاد.

● ش:

قوله: وإلا؛ مفهوم أنفق أو طلق، أي وإلا ينفق ويطلق بأن امتنع منهما طلق عليه، يعني: أن الزوج إذا منع زوجته نفقة الحال وهو الزمان الحاضر والمستقبلة إذا أراد السفر أو منعها كسوة الحال فإن لزوجته القيام عليه بطلب الإنفاق أو الطلاق ورفعه للحاكم ولها أن ترضى به وتبقى معه بلا نفقة فإن اختارت القيام عليه ورفعته للحاكم فإن الحاكم يأمره بالإنفاق عليها، فإن أنفق فظاهر، وإن ادعى العجز عن النفقة سواء أثبته أو لا فإن لزوجته اختيار المقام على ذلك ولها القيام بالطلاق، فإذا أرادت الطلاق فلا يخلوا إما أن يثبت عسره أو لا، فإن لم يثبت عسره أمره الحاكم بالنفقة

والكسوة أو الطلاق، أي يلزمه أحد الأمرين بأن يقول له: إما أن تنفق عليها أو تطلقها، فإن أنفق أو طلق فلا كلام، وإن لم ينفق ولم يطلق طلق عليه الحاكم بأن يقول: فسخت نكاحها أو طلقتها منك أو طلقتك منه أو يأمرها بذلك ثم يحكم به، وظاهر «المص» أنه لا يتلوم له وهو الراجح، وذكر «خ» عن التوضيح أنه يتلوم له وإن أثبت عسره ابتداء أو بعد الأمر بالطلاق فلا يأمره بنفقة ولا كسوة لأنه لا فائدة في ذلك بل يأمره بالطلاق، فإن لم يطلق تلوم له الحاكم بالاجتهاد، أي بحسب ما يراه الحاكم من غير تحديد بيوم أو أكثر أو ثلاثة أشهر أو شهرين كما قيل بذلك، ويتلوم له سواء كان يرجى له شيء أو لا، وإن مرض أو سجن بعد إثبات العسر فإنه يزاد في مدة التلوم لأجل ذلك أن يرجى برؤه وخلاصه من السجن عن قرب، وإلا طلق عليه، ولم يذكر «المص» الزيادة في التلوم لأجل المرض أو السجن كما فعل الأصل لأن الزيادة للمرض ونحوه من مقتضيات الاجتهاد كما قال «الش»، ومقتضات بفتح الضاد، أي أن الاجتهاد يقتضي ذلك فلا حاجة لذكره، ثم بعد انقضاء أجل التلوم طلق عليه الحاكم ولا نفقة لها على الزوج في زمن التلوم إن أثبت عسره وإلا رجعت عليه ولو طلق ولو رضيت بالمقام بعد التلوم ثانيًا بخلاف امرأة المعترض فلا تحتاج إلى أجل ثان، والفرق أن أجل المعترض سنة لا مدخل للاجتهاد فيها فإذا حكم بها ووجب للمرأة القضاء بتمام الأجل لم ينقض الحكم الماضي بتأخيرها ما وجب لها، والتلوم في النفقة إنما هو اجتهاد، فإذا رضيت بعده بالمقام بطل، وإثبات العسر إما بعدلين أو بتصديق الزوجة له في دعواه العسر، وقوله: نفقة الحال احترازًا من نفقة الماضي، فإنه ينظر فيها كالدين لأنها بالمضي صارت دينًا بذمته والمراد الماضية التي كان موسرًا زمنها وإلا فهي ساقطة كما تقدم، وأسقط الحنفية الماضية مطلقًا إلا أن يحصل فرض من حاكم.

● ص:

ولها القيام ولو غاب أو لم يكونا حرين.

● ش:

يعني: أن الزوجة لها القيام على الزوج بنفقتها ولو كان غائبًا فترفع أمرها للحاكم

ليثبت عسره ويتلوم له ثم يطلق عليه، ومعنى ثبوت عسر الغائب عدم وجود ما يقابل النفقة بوجه من الوجوه، ومحل التلوم في الغائب إذا لم يعلم موضعه أو كان غيبته بعيدة على عشرة أيام فأكثر، وأما قريب الغيبة كثلاثة أيام مع الأمن فيرسل له إما أن يأتي أو يرسل النفقة أو يطلق عليه، ولا يطلق على بعيد الغيبة إلا إذا لم يترك شيئًا، ولا وكل لها وكيلًا بها ولا أسقطت عنه النفقة في غيبته ولا أرسلها لها مع أحد وتحلف هي على هذه الأمور، وجماعة المسلمين العدول يقومون مقام الحاكم في ذلك وفي كل أمر يتعذر فيه الوصول إلى الحاكم أو لكونه غير عدل، وقوله: أو لم يكونا حرين في حيز المبالغة، أي أن الزوجة لها القيام على الزوج عند عدم النفقة إن كانا حرين أو أحدهما، بل وإن كانا عبدين.

• ص:

لا إن علمت فقره أو أنه من السؤال إلا أن يتركه أو يشتهر بالعطاء وينقطع.

• ش:

يعني: أن محل قيام الزوجة على الزوج عند عدم النفقة إذا لم تعلم فقره أو أنه من السؤال الطائفين على الأبواب، أما إذا علمت عند العقد فقره أو أنه من السؤال ودخلت على ذلك راضية فلا قيام لها عليه ويلزمها المقام معه بلا نفقة وهي محمولة على العلم إن كان من السؤال لشهرة حاله، وعلى عدم العلم إن كان فقيرًا لا يسأل، وقوله: إلا أن يتركه مستثنى من الثاني وهو قوله: من السؤال، وقوله: أو شهر مستثنى من الأول ففيه لف ونشر غير مرتب، وفي «حش» أن يشهر راجع للأمرين ويتركه راجع للثاني فقط، يعني: أنها إذا علمت فقره فليس لها القيام إلا أن يشتهر بالعطاء من الناس ثم ينقطع العطاء عنه فلها القيام والطلاق لأن اشتهاره بذلك بمنزلة اليسار، وإذا علمت أنه من السؤال فليس لها القيام إلا أن يترك السؤال أو يشتهر بالعطاء وينقطع فلها القيام عليه بعدم النفقة.

• ص:

ولها إن أراد سفرًا طلبه برفع المستقبلة أو إقامة وكيل.

• ش:

مطالبته بالنفقة المستقبلة إلى قدومه ليعجل لها بدفعها أو يقيم لها كفيلًا يدفعها

لها على حسب ما كان الزوج ينفق، فإن امتنع الزوج من ذلك طلق عليه إن شاءت، وكذا إذا أبانها قبل أن يسافر وخشيت أن يظهر بها حمل في سفره فلها الكلام في شأن نفقة الحمل لكن قيد ذلك بعضهم بما إذا لم تر الدم ولو مرة وإلا فلا كلام لها.

وبعبارة: وللبائن الحامل طلبه بنفقة الأقل من مدة الحمل أو السفر وإن كان حملها غير ظاهر وخافته فلم ير لها مالك طلبه بحميل، ورآه أصبغ واختاره اللخمي إن قامت قبل حيضة والأولى إن قامت بعدها، فإن اتهم أن يقيم أكثر من السفر المعتاد حلف أو أقام حميلًا.

تنبيهان:

الأول: إذا وجد الزوج من النفقة ما يمسك الحياة خاصة فإنه يطلق عليه إذ لا صبر لها عادة على مثل ذلك، وأما إذا قدر على القوت كاملًا ولو من خشن المأكول وخبز بغير إدام، ووجد من الكسوة ما يواري الجسد كله ولو من الخيش أو الجلد أو الصوف أو غليظ الكتان أو دون ما يلبسه فقراء ذلك المحل فإنها لا تطلق عليه ولو غنية ذات قدر وجمال، وما مر من أنه يراعى حالهما في النفقة فهو من فروع القدرة، وهذا من فروع العجز، ذكره الأصل هنا وذكره «المص» فيما سبق.

الثاني: إذا طلقت عليه لعدم النفقة فوجد في العدة يسار يقوم بواجب مثلها عادة، فله رجعتها إن كانت مدخولًا بها، فإن لم يرتجعها فلها عليه النفقة حتى تخرج من العدة لأن الرجعية زوجة، وأما إن وجد أقل مما يقوم بواجب مثلها فلا تصح رجعته ولا تلزمه نفقتها في العدة لأن ذلك لا يملك به رجعتها، واختلف في قدر الزمن الذي إذا أيسر به كان له الرجعة، فقيل: شهر، وقيل: نصف شهر، وقيل: إذا وجد ما لو قدر عليه أولًا لم يطلق عليه، وقال ابن عبد السلام: ينبغي أن نتأول هذه الأقوال على ما إذا ظن أن يقدر على إدامة النفقة بعد ذلك وقبله في التوضيح ذكره الأصل وشراحه، وتقدم ذلك لـ«المص» غير مرة فلذا حذفه هنا.

● **ص:**

وفرضت في مال الغائب ووديعته ودينه بعد حلفها باستحقاقها.

● **ش:**

الضمير في فرضت وفي استحقاقها للنفقة، يعني: أن الزوج إذا غاب عن زوجته

قبل البناء أو بعده فرفعت أمرها للحاكم فإن الحاكم أو جماعة المسلمين عند عدمه يفرض لها نفقتها في مال زوجها الغائب سواء كان المال حاضرًا أو غائبًا مرجوًّا وكذا يفرض لها في وديعته التي أودعها عند الناس ودينه الشرعي، ويكفي إقرار المدين ولكن لا يفرض لها في ماله ووديعته ودينه إلا بعد حلفها باستحقاقها النفقة على زوجها الغائب، وأنها لم تسقط عنه بوجهٍ من تركها عندها، أو إرسالها لها، أو إسقاطها عنه، أو إقامة وكيل بذلك، وقد تحتاج مع هذا اليمين استظهار إن كان لزوجها دين على ميت أو غائب وقد لا يتم لها نصاب البينة على المدين لزوجها فتحلف يمينًا مكملة للنصاب فيجتمع عليها ثلاثة أيمان حتى يفرض لها.

وبعبارة: لا يفرض لها الحاكم في مال الغائب وما بعده إلا أن يحلفها اليمين الشرعي أنها تستحق بذمته إلى يوم تاريخه وأنها لم تسقطها ولا بعضها عنه ثم يفرض لها، وقوله: بعد حلفه؛ متعلق بفرضت.

وبعبارة: وفرضت نفقة الزوجة وأولادها والأبوين في مال الغائب إذا طلبوا ذلك.

● ص:

ولها إقامة البينة على المنكر كالزوج.

● ش:

تقدم أن نفقة الزوجة تفرض في دين الغائب وفي وديعته فإذا أنكر المدين للزوج أو المودع عنده مال الزوج فلها أن تقيم البينة على المدين أو المودع المنكر كالزوج وتحلف مع الشاهد الواحد لا مع الشاهدين.

● ص:

ولا كفيل عليها وإذا قدم فله إثبات السقوط.

● ش:

يعني: أن الزوجة إذا أخذت النفقة من مال الغائب فإنه لا يؤخذ منها كفيل بالنفقة خوفًا من أنها لا تستحقها وإذا قدم الزوج من سفر فهو باق على حجته فإذا ادعى سقوط للنفقة عنه فله إثبات السقوط ويرجع عليها بما أخذته في غيبته وترد له

الزوجة إن طلقت في غيبته لعدم النفقة وتزوجت غيره ثم قدم وأثبت سقوطها عنه ولو دخل بها الثاني غير عالم، وقيل: لا ترد له بعد دخوله.

● ص:

وبقيت داره بعد ثبوت ملكه واستمراره في علمهم وخيرت.

● ش:

يعني: أنها تباع دار الغائب في نفقة زوجته إن لم يكن له مال غيرها ولو احتاج لسكناها لكن لا تباع إلا بعد ثبوت ملكه لها بالبينة الشرعية واستمرار ملكها في علمها بأن تقول الشهود: نشهد أن هذه الدار دار فلان الغائب وأنها مستمرة في ملكه لم تخرج عن ملكه بناقل شرعي في علمنا إلى الآن، وليس لهم أن يشهدوا على القطع إذا لا يمكنهم ذلك ثم بعد ثبوت ملكه تجاوز الدار؛ أي يحددها الشهود الأُوَل أو غيرهم بأن يطوف البينة بالدار داخلًا وخارجًا ويحدد بحدوده الأربع وتقول لمن يوجه القاضي معهم: هذه الدار التي حزناها هي الدار التي شهد بملكه للغائب. قال «خ»: ولعل الاحتياج إلى بينة الحيازة فيما إذا شهدت شهود الملك بأن له دار بمحل كذا ولم تذكر حدودها ولا جيرانها على وجه الشهادة به، وأما إن ذكرت ذلك على الوجه المذكور كما عندنا بمصر بل يزيدون بيان صفة جدرانها وما تشتمل عليه من الأماكن والمرافق ونحو ذلك فلا يحتاج لبينة الحيازة. اهـ. ثم إذا قدم الغائب وأثبت سقوط النفقة عنه ووجد داره بحالها لم يتغير فله إمضاء البيع وله رد الثمن للمشتري ويأخذ الدار ويرجع على زوجته بالثمن فيهما، وقيل: لا ينقض البيع بحال لصدوره بالحكم بوجه جائز، وقوي بعضهم هذا القول.

● ص:

وإن تنازعا في عسره اعتبر حال قدومه وخروجه.

● ش:

يعني: أنه إذا تنازع الزوجان بعد قدومه من سفره في عسره ويسره فقال لها: كنت في غيبتي معسرًا فلا نفقة لك عليَّ، وقالت له: بل كنت موسرًا فلي النفقة فإنه يعتبر حال قدومه وخروجه، فيعمل بهما، فإذا قدم موسرًا وقد خرج كذلك فالقول قولها

بيمين أنه كان موسرا في غيبته وإن قدم معسرًا وخرج كذلك فالقول قوله بيمينه، واقتصر الأصل على حال القدوم وقيده «عب» بما إذا جهل حال خروجه وإلا عمل عليه حتى يتبين خلافه ونفقة الأبوين والأولاد في هذا كالزوجة.

وبعبارة: يعتبر القدوم إن جهل حال الخروج، وإن جهل حال الخروج اعتبر حال القدوم.

● ص:

والقول لها إن لم يرسل من الرفع وإلا فقوله وحلف على القبض لا البعث.

● ش:

يعني: أن الزوج والزوجة إذا تنازعا بعد قدومه في إرسال النفقة أو في تركها عندها حتى السفر فالقول قولها بيمين أنه لم يرسلها لها أو لم يتركها عندها لكن تصديقها في ذلك إنما هو من يوم الرفع للحاكم إن رفعت إليه لا من يوم السفر فإن القول قوله من يوم السفر إلى يوم الرفع فإن لم ترفع أمرها للحاكم فالقول قوله في الإرسال بيمينه ولا يعتبر إلا رفعها للحاكم فلا يعتبر رفعها العدول أو الجيران مع تيسير الحاكم؛ لأن الرفع لغيره مع تيسيره كالعدم، وقيل: يكفي الجيران وعدول الحاكم يقومون مقامه - كما لابن عرفة - منه أو من رسوله، وهذا كله في حق من في العصمة، وأما المطلقة ولو رجعيًا فالقول قولها مطلقًا، ومتى كان القول للزوج بيمينه في الإرسال فإنه يحلف لقد قبضتها بالقبض ويعتمد في حلفه على رسول أو كتاب بلغه خبر ولا يحلف على البعث؛ أي لا يحلف أنه بعثها لها لاحتمال أنه تلفها بعد البعث وقبل الوصول إليها وتخلص من غرمها ثانيًا بقوله في يمينه: لقد بعثها لها، وقوله: من يوم الرفع؛ أي فلم يجد الحاكم مالًا له فأباح لها الإنفاق على نفسها والاقتراض والرجوع بذلك على الزوج، وأما لو جد له مالًا لا تقف عليها منه كما مر، والكسوة كالنفقة في جميع ما مر ونفقة أولادها الصغار كنفقتها في جميع ما سبق أيضًا، وقوله: وإلا مفهوم الرفع؛ أي وإلا ترفع للحاكم بأن لم ترفع أصلًا أو رفعت لجماعة المسلمين مع وجود الحاكم فالقول للزوج أنه تركها عندها قبل سفره أو أرسلها لها ووصلتها.

● ص:

وقبل قول الحاضر إلا في المنكسرة أو البائن.

● ش:

يعني: أن الزوج الحاضر إذا تنازع مع زوجته في إعطائها النفقة وعدمها فإنه يقبل قوله أنه أعطاها لها بيمينه إلا في النفقة عليه في الماضي فلا يقبل قوله بل القول قولها.

وبعبارة: إذا ادعى الحاضر أنه كان ينفق أو يدفع ذلك في زمنه فأنكرت فالقول له بيمين، وأما إذا تحمل عليه لما مضى فلا يقبل قوله كما لا يقبل قوله في إعطائها للبائن الحامل، والكسوة في ذلك كله كالنفقة أو أراد بها ما يشمل الكسوة، وقيد بعضهم قبول قوله بما إذا لم يفرض النفقة حاكم وإلا فلا يقبل قوله.

وبعبارة: يقبل قول الزوج الحاضر مع زوجته في البلد أنه أعطاها النفقة في وقتها أو أنه كان ينفق عليها، وهذا إذا لم تكن مقررة والا فلا يقبل قوله؛ لأنها حينئذ بمثابة الدين، وهذا كله في غير المنكسرة، أما إذا انكسرت عليه النفقة عن مدة ماضية ترك الإنفاق فيها على الزوجة وهو موسر ثم ادعى دفعها لها فلا يقبل قوله إجماعًا إلا ببينة؛ لأنها صارت دينًا عليه، وكذا إذا ادعى دفع النفقة في وقتها للبائن الحامل فلا يقبل قوله لعدم اهتمامه بها لا نقطاع المكارمة بالطلاق.

● ص:

وان تنازعا في الفرض فقوله إلا أن تشبه فقط والأظهر بيمين وإن لم يشبها ابتدأ ولها نفقة المثل في الماضي.

● ش:

يعني: أن الزوجين إذا تنازعا في مقدار الفرض الذي فرضه لها الحاكم في كل يوم أو جمعة أو شهر أو عام ثم مات أو عزل أو نسي ما فرضه فالقول قول الزوج إن أشبها أو أشبه وحده، فإن أشبهت الزوجة فقط فالقول قولها والأظهر من التأويلين أن القول بيمين من المشبه منهما على ما سبق وأن لم يشبها معًا ابتدأ الحاكم الفرض للمستقبل ولها نفقة المثل في الماضي.

❊❊❊

[وصل في نفقة الحيوان والرقيق والولد]

ولما أنهى الكلام على أقوى أسباب النفقة وهي الزوجية شرع في الكلام على السببين الباقيين وهما الملك والقرابة فقال:

● **ص:**

وصل.

● **ش:**

في الكلام على ذلك.

● **ص:**

تجب نفقة حيوان لا قوت له ورقيق فإن امتنع أو عجز قضي بما به النفقة.

● **ش:**

يعني: أنه يجب على المالك نفقة الحيوان المملوك له من إبل وبقر وغنم وخيل وبغال وحمير وطير وغير ذلك إذا كان ذلك الحيوان لا قوت له كالكلأ ونحوه من كل ما ترعى فيه الدواب، فإن كان له مرعى وجب تسريحه للمرعى، وكذا يجب عليه نفقة رقيقه لا رقيق رقيقه ولا رقيق أبويه إلا إذا كانا معسرين على ما سيأتي.

فإن امتنع مالك الحيوان أو الرقيق من الإنفاق أو عجز عن الإنفاق عليه فإنه لا يحبس بالجوع والعطش عنده بل يقضى عليه الحاكم بما حصل به النفقة كبيع فتجب على المشتري، أو تزويج للرقيق فتجب على الزوج، أو عتق فيستحقون النفقة من بيت المال، أو هبة أو صدقة فتجب على الموهوب له والمتصدق عليه، وله زكاة مأكول اللحم وهذا ظاهر لا حاجة للنص عليه فلذا لم يذكره «المص» فلا يقال: إن قول «المص» قضي عليه بما به النفقة لا يفيد أن له زكاة مأكول اللحم.

وكلب الصيد لا يصح بيعه فيخرجه عن ملكه بوجه غير البيع، وأم الولد قيل تعتق، وقيل تزوج، واختير العتق، وأما المدبر والمعتق لأجل فيقال لهما: أخدما بما ينفق عليكما إن كان لهم خدمة وإلا عتقا.

وقوله: حيوان خرج به الأشجار فإنه ليس فيه إلا عموم حفظ المال فإن لم ينفق على أشجاره قيل له: أنفق عليها، فإن امتنع فهو إثم تبضيع المال المنهي عن إضاعته ولا تباع عليه، والمراد بالحيوان الحيوان المملوك بقرينة اللحاق والسياق أعني عطف على الرقيق عليه وهو من عطف الخاص على العام؛ لأن الرقيق داخل في الحيوان فإن خص الحيوان بغير العاقل فعطف مباين، ومثل المملوك ما حبسه لنفسه من نحو هرة أو انقطعت عنده عميًا لا تقدر على الانصراف.

● ص:

وله لبن لا يضر بالولد.

● ش:

أي: أنه يجوز للمالك أن يأخذ من لبن البهيمة أو الأمة لرضاع مثلًا ما لا يضر بولدها لاستغنائه عن اللبن أو عن ما زاد على ما أخذه فإن أخذ ما يضر به تحقيقًا أو شكًا منع؛ لأنه من باب ترك الإنفاق الواجب.

● ص:

وان تكرر ضرر ولم يرفعه جبر على البيع.

● ش:

يعني: أن المالك إذا تكرر منه الضرر على مملوكه من رقيق أو حيوان ولم يرفع عنه الضرر فإنه يجبر على بيعه أو إخراجه عن ملكه بوجه، فإن رفع عنه الضرر فلا يجبر على ذلك، وقبل تكرر الضرر ينهى عنه، وتكرر الضرر بالزيادة على ثلاث مرات؛ لأن الثلاثة عدد الأعذار غالبًا فيؤمر بالرفق به بلا بيع والضرر يحصل ولو بكثرة حمل كما يفيده «الش» فأولى ضربه أو جرحه وتكليفه من العمل ما لا يطيق.

● ص:

وعلى الموسر نفقة والده المعسر.

● ش:

يعني: أن الولد الحر الموسر صغيرًا أو كبيرًا، ذكرًا أو أنثى، مسلمًا أو كافرًا، صحيحًا أو مريضًا، واحدًا أو متعددًا، يجب عليه نفقة والديه الحرين المعسرين

بنفقتهما كلًا أو بعضًا ولو كافرين والولد مسلم وبالعكس، فإن عجزا عن النفقة كلها أنفق عليهما إنفاقًا كاملًا، وأن أعسرا بالبعض وجب عليه تمام الكفاية حيث عجزا عن الكسب وإلا فلا تجب على الولد وأجبرا على التكسب على المعتمد، كما أن الولد إنما تجب نفقته على أبيه عند عجزه عن الكسب، ولا يجب على الولد المعسر أن يتكسب بصنعة أو غيرها لينفق على أبويه ولو كان له صنعة وكذا العكس، وإنما وجب على الصغير الموسر الإنفاق على والده؛ لأن النفقة من باب خطاب الوضع كالزكاة.

والمراد بالوالد الأصل الشامل للأبوين واحترزنا بالحرين عن الرقيقين فإن نفقتهما على سيدهما.

● **ص:**

وأثبتا العسر ولا يمين.

● **ش:**

يعني: أن الولد إذا طولب بنفقة والديه لفقرهما فادعى يسارهما وخالفاه في ذلك فإنه لا نفقه لهما إلا بإثبات عسرهما بعدلين لا بعدل وامرأتين أو أحدهما مع يمين؛ لأن العسر ليس بمال ولا آيل إليه ولا يلزمهما يمين استظهار، فقوله: ولا يمين؛ المراد به يمين الاستظهار لا اليمين المكملة للنصاب، فإنهما لا يحلفانها؛ لأن العسر لا يثبت إلا بعد لين كما عرفت.

فإن قلت: إن العسر في غير هذه الصورة لا يثبت إلا بيمين الاستظهار مع العدلين فما الفرق؟ يجاب: بأنه لو ألزم الوالد في هذه الصورة باليمين لزم على ذلك عقوق الولد لوالده بتحليفه اليمين، هذا هو الفرق.

● **ص:**

وهل الابن محمول على الملاء وهو الأظهر خلاف.

● **ش:**

يعني: أن الابن إذا طولب بنفقة والديه فادعى العدم - بالفتح - أي الفقر، فهل يحمل على الملاء حتى يثبت العدم وهو الأظهر أو يحمل على العدم حتى يثبت

والده فقره؟ في ذلك خلاف، ومحل الخلاف إذا كان الولد منفردًا ليس له أخ أو له أخ وأدعى العدم أيضًا، وأما لو كان له أخ موسر فعلى من ادعى العدم إثباته ببينة اتفاقًا؛ لأن أخاه يطالبه بالنفقة معه فلا تبرئه إلا البينة، فإن ادعى كل من الولدين العدم جرى الخلاف المذكور في كلام المصنف.

• ص:

وأنفق على خادم أبويه.

• ش:

يعني: أن الولد الموسر يلزمه نفقة خادم أبويه المعسرين سواء كان الخادم حرًا أو رقيقًا لهما وظاهره ولو كانا غير محتاجين للخادم لقدرتهما على الخدمة بأنفسهما، بخلاف خادم الولد ذكرًا أو أنثى فلا تلزم الأب نفقته ولو احتاج له، وكذا يلزمه نفقة خادم زوجة أبيه لكن هذا اللزوم بطريق التبع لا بطريق الأصالة.

• ص:

وأعف أباه.

• ش:

يعني: أن الولد يلزمه أن يعف أباه بالتزويج إذا خاف عليه الزنا، فإن لم يعف بزوجة واحدة أعفه بأكثر، والظاهر أن الأب لا يلزمه قبول الأمة كما في «خ».

وأفهم قوله: أباه؛ أنه لا يجب على الأب نفقة زوجة الولد كولد الولد.

• ص:

وقدمت الأم إن تعارضا.

• ش:

قوله: إن تعارضا؛ أي الأم وضرتها؛ يعني: أنها إذا تعارضت الأم وضرتها في الإنفاق فإن الولد يقدم أمه في الإنفاق على ضرتها لترجيح جانبها بالقرابة وخوف العقوق، وهذا إذا كانت الأم تعف الأب وإلا أنفق عليهما، فإن لم يقدر إلا على نفقة إحداهما قدمت الأم.

والحاصل: أنها لا تتعدد نفقة زوجة الأب بتعددهن ولو كانت إحدي زوجته أو

زوجات أمه، وتعين الأم حيث كانت إحداهما أمه ولو غنية فإن لم تكن إحداهما أمه فالقول للأب فيمن ينفق عليها الولد، ومحل عدم التعدد على الولد حيث كانت إحداهما أمه إذا كانت أمه تعف الأب، وإلا تعددت النفقة على الابن أمه بالقرابة والزوجية والأخرى بالزوجية، فإن كان لا يقدر إلا على نفقة إحداهما فإن الأم تقدم.

● **ص:**

ولا تسقط بزوج فقير.

● **ش:**

يعني: أن نفقة الأم الفقيرة لا تسقط عن الولد بتزويجها من رجل فقير أو بغني ثم افتقر، وكذلك من التزم نفقة امرأة أجنبية فلا يسقطها عنه تزوجها بفقير وأما إن تزوجت بغني فتسقط ما لم تقم قرينة على الإطلاق، ومثل الأم البنت فلا تسقط نفقتها بتزويجها لفقير ولو قدر الزوج على بعض النفقة تمم الابن أو الأب باقيها.

وبعبارة: لا تسقط نفقة البنت عن الأب بتزويجها فقير أصالة فإن كان غنيًا وطرأ عليه الفقر تعد نفقتها على الأب إلا إن كانت بكرًا أو صغيرة أو زمنة.

● **ص:**

والراجح توزيعها على يسار الأولاد.

● **ش:**

يعني: أن نفقة الوالدين المعسرين واجبة على أولادهما الموسرين، واختلف هل توزع على رءوس الأولاد من غير نظر إلى ذكر وأنثي ولا قدر يسارًا أو توزع على حسب ميراثهم فيضعف الذكر على الأنثى أو توزع على قدر يسارهم في ذلك؟ خلاف، والراجح ما ذكره «المص» وهو أنه على اليسار وإن أخره الأصل فلا توزع على الرءوس ولا الميراث.

● **ص:**

ولا نفقة لولد ولد ورقيق رقيق وزوج أم وجد.

● **ش:**

يعني: أن الجد لا يلزمه نفقة ولد ولده ذكرًا أو انثى، وكذا لا يجب على السيد

نفقة رقيق رقيقة، وكذا لا يجب عليه نفقة زوج أمه الفقير بل ينفق على أمه فقط، وكذا لا يجب عليه أن ينفق على جده ولا جدته مطلقًا سواء كانا من جهة الأب أو الأم أو مختلفين، كما أن الجد لا يلزمه نفقة ولد ابنه ولا ولد ابنته.

● ص:

ونفقة الابن الحر المعدم حتى يبلغ عاقلاً قادراً بما يليق بخلاف الأب ولا تعود بالعجز بعد.

● ش:

قوله: ونفقة الابن عطف على نفقة الوالد السابق؛ أي يجب على الموسر نفقة والد، ويجب عليه أيضًا نفقة ابنه الحر المعدم الذي لا مال له ولا صنعة حتى يبلغ الابن عاقلًا قادرًا على الكسب بما يليق به من الصنائع والحرف التي لا معرة عليه فيها، فإذا بلغ عاقلًا قادرًا على الكسب بما لا يذري به سقطت نفقته عن ابيه بخلاف الأب فإن نفقته تسقط عن الابن بصنعة تذري به، والفرق أن الأب سابق على الابن فصنعته سابقة على الابن فالمعرة سابقة على الابن وقد رضيها الأب لنفسه فإذا بلغ الابن عاقلًا قادرًا ثم طرأ له عجز بعد ذلك كعمي أو زمانة أو جنون فلا تعود نفقته على أبيه كما قال: ولا تعود بالعجز بعد؛ أي بعد بلوغه عاقلًا قادرًا على الكسب بما يليق، وأما من بلغ مجنونًا أو زمنًا أو أعمي فتستمر نفقته على الأب ولو يجن حينًا بعد حين صدق عليه أنه بلغ مجنونًا، وإذا قدر الابن على البعض تممها الأب، والمراد بالميسر في هذا الباب من كان له فضل عن قوته وقوت زوجته أو زوجاته ولو أربعًا لا عن قوت خادمه أو دابته، وينبغي إلا أن يضطر لهما فالذي لا شيء له جملة أو له شيء على قدر قوته وقوت زوجاته لا يلزمه نفقة ولد ولا والد، واحترزنا بالأب عن الأم فلا يجب عليها غير الرضاع على ما يأتي إلا المكاتبة على ما يأتي أيضًا.

وقوله: الابن؛ خرج به الأنثى وسيأتي أن نفقتها تستمر على الأب حتى تجب على الزوج، وخرج بالابن الحر الابن العبد فإن نفقته على سيده لا على أبيه.

وقوله: المعدم؛ خرج به من له مال أو صنعة فلا نفقة له على أبيه.

والحاصل: أنه يجب على الأب الموسر أن ينفق على ولده الذكر الحر الفقير العاجز عن الكسب حتى يبلغ عاقلًا قادرًا على الكسب بما يليق به فتسقط عن الأب ولا تعود على الأب إن طرأ عليه جنون أو عجز كعمى أو زمانة بعد بلوغه قادرًا على الكسب بما يليق، أما إن بلغ مجنونًا أو زمنًا أو أعمى أو قادرًا على الكسب بما لا يليق استمرت نفقته على الأب.

● ص:

والأنثى ولو كافرة حتى تجب على الأب.

● ش:

الأنثى عطف على قوله: الابن؛ أي وعلى الموسر نفقة والده... إلخ، وعليه نفقة الابن الحر... إلخ، وعليه نفقة الأنثى... إلخ؛ يعني: أنه يجب على الأب الحر الموسر نفقة ابنته الحرة المعدمة ولو كافرة حتى تجب نفقتها على الزوج بالدخول أو بالدعاء له وهي مطيقة على ما سبق.

● ص:

وعادت برجوعها بكرًا أو صغيرة أو دخل بزمنة وعادت قبل برئها لا بعده ولو عادت الزمانة.

● ش:

قوله: زمنة بفتح الزاي وكسر الميم؛ أي مريضة مرضًا ملازمًا؛ يعني: أن نفقة الأنثى تعود على أبيها بعد وجوبها على الزوج إذا رجعت لأبيها بكرًا لم يزل الزوج بكارتها ولو بالغة سواء رجعت إليه بموت الزوج أو طلاقه، وكذا تعود عليه النفقة إذا عادت له صغيرة دون البلوغ، أي عادت له ثيبًا قبل بلوغها، أما إن عادت له ثيبًا بالغًا فلا تعود نفقتها عليه، وكذا تعود على الأب النفقة إذا دخل بها الزوج زمنة ثم عادت لأبيها بموت أو طلاق قبل برئها من الزمانة ولو بالغًا بأن استمرت بها الزمانة حتى تأيمت زمنة فقيرة، وأما إذا دخل الزوج بها زمنة وعادت لأبيها ثيبًا بالغًا بعد برئها من الزمانة فلا تعود نفقتها على أبيها، ولو عادت لها الزمانة بعد برئها وقبل التأيم بحيث دخلت زمنة وعادت زمنة وتخلل بين الزمانتين صحة عند الزوج لكن بشرط

أن تعود ثيبًا بالغًا والا عادت النفقة على الأب، فقوله: لا بعده؛ أي بعد البرء من الزمانة.

والحاصل: أن النفقة لا تعود على الأب إلا إذا عادت له صغيرة أو بكرًا أو بالغًا زمنة وقد كان الزوج دخل بها كذلك واستمرت على ذلك حتى تأيمت زمنة فقيرة، وأما لو لم تستمر على الزمانة بل انقطعت بالبرء ثم عادت لأبيها بعده فلا تعود نفقتها ولو عادت لها الزمانة بعد البرء عند الزوج، وأولى لو عادت بعد رجوعها للأب، وكذا إذا دخل بها صحيحة ثم طرأت عليها الزمانة عند الزوج فتأيمت فلا تعود على الأب فتحصل أن صور الزمنة أربعة:

الأولى: أن يدخل بها الزوج زمنة وتعود زمنة ولم يتخلل بين الزمانتين صحة وفي هذه تعود النفقة على الأب، وإلي هذه الصورة أشار بقوله: أو دخل بزمنة وعادت قبل برئها.

الثانية: أن تدخل زمنة وترجع صحيحة، وإلي هذه أشار بقوله: لا بعده.

الثالثة: أن تدخل زمنة وترجع زمنة إلا أنه تخلل بين الزمانتين صحة وإلي هذه أشار بقوله: ولو عادت الزمانة، وفي هاتين الصورتين لا تعود النفقة على الأب، وقيل: متي عادت زمنة عادت نفقتها كما يفيده النقل.

الرابعة: أن تدخل صحيحة وترجع زمنة، وفي هذه لا تعود نفقتها مطلقًا زالت عنها الزمانة أو لا، وهذه الصورة هي مفهوم قوله: أو دخل بزمنة، وهذه الصورة كلها في من رجعت ثيبًا بالغًا، وأما التي ترجع بكرًا أو صغيرة فتعود نفقتها مطلقًا دخلت زمنة أو لا، رجعت زمنة أو لا.

• **ص:**

وسقطت نفقة القرابة فقط عن الموسر بمضي الزمن إلا المفروضة ينفقها عنه غير متبرع.

• **ش:**

يعني: أن نفقة القرابة وهما الوالدان والأولاد الفقراء تسقط عن الموسر الذي وجبت عليه لولد أو والد بمضي زمنها فليس لمن وجبت له رجوع على من وجبت

عليه؛ لأنها لسد الخلة وقد حصلت إلا النفقة المفروضة عند حاكم إذا أنفقها عنه بعد فرضها شخص غير متبرع بها فإنها لا تسقط عن الموسر ويرجع بها عليه من أنفقها عنه، وغير المتبرع يتناول تسلف المستحق وهو من وجبت له النفقة فإذا تسلف وجب على الموسر الوفاء.

وقولنا: إذا أنفقها عليه شخص بعد فرضها احترازًا مما إذا أنفقها قبل أن تفرض عليه فإنه لا يلزمه دفعها له فلا يقضى بها للمنفق غير المتبرع إلا إذا وقع الإنفاق بعد الحكم كما ارتضاه ابن عرفة، والأصل تبع ابن الحاجب في أن نفقة الأجنبي غير المتبرع بدون حكم كحكم القاضي بها، فتحصل أنه لابد في عدم السقوط بمضي الزمن من اجتماع الأمرين الفرض و إنفاق غير المتبرع سواء كانت النفقة لولد أو والد، وقيل: إن أحد الأمرين كاف فيهما أي في الولد والوالد، وقيل: يكفي إنفاق غير المتبرع في نفقة الولد خاصة وأما نفقة الوالدين فلابد أن ينضم فيها لإنفاق غير المتبرع الفرض قبله وهو الذي ارتضاه ابن عرفة ويوافقه ما في «دك» و«دص» من أنه إذا أنفق غير المتبرع على والديه أو ولده ترجع عليه بنفقة الولد خاصة دون الوالدين؛ لأن وجود الأب موسرًا كالمال.

ومفهوم غير المتبرع؛ أن المتبرع لا يرجع وهو ظاهر.

واحترز بقوله: فقط؛ عن الزوجة فإنها لا تسقط نفقتها عن زوجها الموسر بمضي الزمن، فرضها حاكم أو لا، أنفق عليها غير المتبرع أو لا، وأما المعسر فتسقط عنه نفقة الزوجة وغيرها زمن عسره كما مر.

وبعبارة: نفقة الولد المعسر على أبيه الموسر ونفقة الأب المعسر على ولده الموسر إنما هي من باب المواساة، ولسد الخلة تدفع عند الاحتياج، فإذا تحيل المعسر منهما في نفقته وأخذها من غير من وجبت عليه ثم أراد الرجوع بها على من وجبت عليه مدة التحميل فإنه لا يلزمه شيء من ذلك وسقطت عن الموسر بها في ذلك الزمن؛ لأن الخلة قد استدت وزال سبب وجوبها ما لم يكن قد حكم بها الحاكم وأنفقها غير متبرع فإنها لا تسقط عن الموسر؛ لأن المنفق قام عنه بواجب، ولأن حكم الحاكم يصيرها كالدين بخلاف نفقة الزوجة فإنها لا تسقط عن الزوج بمضي

زمنها؛ لأنها في مقابلة الاستمتاع، ومعنى فرض الحاكم للنفقة أنها تجمدت في الماضي فرفع مستحقها لحاكم لا يري السقوط بمعضي الزمن فحكم بلزومها وليس معناه أنه فرضها وقدرها للزمن المستقبل؛ لأن حكم الحاكم لا يدخل المستقبلات، نص عليه القرافي، إذ لا يجوز للحاكم أن يفرض شيئًا واحدًا على الدوام قبل وقته؛ لأنه يختلف باختلاف الأوقات، كذا قال «دك» و«دص»، وهو خلاف ظاهر «المص» والأصل، خصوصًا وقد قال الأصل: وقدرت بحاله من يوم الجمعة أو شهر.

● ص:

ونفقة أولاد المكاتبة الداخلين لشرط أو وضع بعد الكتابة عليها إلا أن يكون أب معهم وليس عجزها عجزا للكاتبة.

● ش:

قوله: عليها متعلق بمحذوف خبر عن قوله: ونفقة أولاد المكاتبة؛ يعني: أن نفقة أولاد المكاتبة ثابتة عليها دون سيدهم وأبيهم إذا دخلوا معها في الكتابة بشرط أو كانت حاملًا بهم وقت الكتابة ووضعتهم بعدها أو حدثوا لها بعد الكتابة فدخلوا بغير شرط وهذا إن لم يكن الأب معهم في الكتابة بأن كان حرًا أو رقيقًا غير مكاتب أو في كتابة أخرى ونفقتها على زوجها فإن كان الأب معهم في الكتابة فإن نفقتها ونفقة أولادها على أبيهم فإن عجز الأب أو الأم عن النفقة عليهم فإن ذلك لا يكون عجزًا عن الكتابة لأن النفقة شرطها اليسار في الحال فتسقط بالعسر، وأما الكتابة فموصلة بالرقابة إلى أجلها فلا تلازم بينهما حتى يكون العجز عن النفقة عجزًا عن الكتابة فالضمير في عجزها للنفقة؛ أي ليس العجز عنها عجزًا بالنسبة للكتابة.

تنبيه:

نقل «حش» عن صاحب الأصل في التوضيح أنه قال: ليس لنا أنثى يجب عليها نفقة أولادها إلا هذه - أي المكاتبة - وفي الحقيقة هي على السيد وكأنه حط عنها جزءًا من الكتابة لأجلها فلا تجب نفقة الولد على الأم بل على الأب خاصة خلافًا لقول ابن المواز: عليهما بحسب الميراث. اهـ.

فإن قلت: سيأتي أن الأم إذا عدمت اللبن تستأجر من يرضعه إن أعدم الصبي

والأب، فهذا يرد على قول الأصل: ليس لنا أنثى... إلخ، يجاب: بأن ذلك ليس من باب الواجب الأصلي بل ذلك من باب المواساة لعدم الصبي والأب.

● **ص:**

وإن أعدم الصبي الأب فعلى الأم إرضاعه وأجرته إن عدمت اللبن.

● **ش:**

يعني: أن الصبي إذا عدم هو وأبوه أو مات الأب فإنه يجب على أمه إرضاعه سواء كانت في العصمة أو مطلقة بائنًا أو رجعيًا وسواء كانت شريفة أو دنية فإن عدم اللبن بأن لم يكن لها لبن أصلًا أو كان لها لبن لا يكفيه أو مرضت أو انقطع لبنها أو حملت فتستأجر له من يرضعه، ويجب عليها دفع الأجر من مالها ولا رجوع لها بها على الولد أو الأب إذا أيسرا.

ومفهوم أعدم؛ أنه إذا كان للولد أو الأب مال فإنه يستأجر له من مالهما، وسبق في الصوم أن مال الصبي مقدم على مال الأب. كذا قال «الش» ومثله في «دك» و«دص»، وفي «خ»: أن مال الأب يقدم على مال الصبي.

تنبيه:

يشترط في المرضع المستأجرة أن لا يكون فيها عيب يؤثر في اللبن فيؤذي الولد ككونها حمقاء أو جزماء ونحو ذلك مما اشترط عدمه في الظئر.

وأجرته عطف على إرضاعه؛ أي فعلى الأم إرضاعه أو أجرة إرضاعه إن عدمت اللبن.

ثم شبه في لزوم الإرضاع أو أجرته قوله:

● **ص:**

كدنية غير بائن وإلا فلها الأجرة ولو وجد الأب من يرضعه مجانًا.

● **ش:**

غير البائن شامل للرجعية والتي في العصمة، وقوله: وإلا؛ محترز الوصفين وهما الدناءة وعدم البينونة؛ أي وإلا بأن كانت علية القدر أو بائنة مطلقًا ولو غير علية فلها الأجرة، والمراد بالدنية الخالية عن الحسب وشرف النسب.

يعني: أن المرآة الدنية التي في عصمة أبي الطفل أو المطلقة منه طلاقًا رجعيًا يلزمها إرضاع ولدها من غير أجرة تأخذها من مال الطفل أو الأب فإن عدمت اللبن لزمها أجرة الرضاع إذا لم يكن للصبي ولا لأبيه مال، أما إذا كانت عالية القدر بأن كانت من أشراف الناس الذين شأنهم أن لا يرضعون أولادهم سواء كانت بائنًا أو لا، أو كانت مطلقة من أبي الطفل طلاقًا بائنًا شريفة أو لا فإنها لا يلزمها إرضاعه فإن أرضعته فلها الأجرة في مال الصبي فإن لم يكن له مال فعلى الأب لعدم وجوبه عليها فإن لم يكن مال للصبي ولا لأبيه لزمها إرضاعه مجانًا، ومثل الشريفة المريضة ومن قل لبنها فلا يلزمها أن ترضع ولدها وإن كانت غير عالية القدار وعلو القدر بالعلم والصلاح كما في «خ».

وقوله: ولو وجد الأب من يرضعه مجانًا مبالغة في لزوم الأجرة؛ يعني: أن من لا يلزمها إرضاع ولدها لكونها علية أو بائنًا إذا أرضعت ولدها فلها الأجرة ولو وجد الأب من يرضعه عنده أو عند أمه بدون أجرة المثل أو مجانًا، أي بلا عوض؛ لأن الظئر وإن كانت ترضعه عند أمه فالظئر هي التي تباشر الرضاع والمبيت وذلك تفرقة بين الأم وولدها.

والحاصل: أن من يلزمها إرضاعه فأمرها ظاهر وأن من لا يلزمها إرضاعه إن أرادت أن ترضعه وترجع بأجرة المثل، وقال أبوه: عندي من ترضعه مجانًا ولا أنتزعه منك بل ترضعه عندك فالقول للأم على الأرجح ومقابله أن القول للأب.

• ص:

وجب قبولها إن لم يقبل غيرها.

• ش:

يعني: أن التي لا يلزمها إرضاع ولدها لشرف أو بينونة من أبيه إذا لم يقبل الولد غيرها فإنه يجب عليها قبول الأجرة ويتعين عليها الإرضاع فإن أعدم الصبي والأب فلا أجرة لها كما مر إن قبل الولد غيرها فلا يلزمها الإرضاع فإن أرضعت فلها الأجرة كما مر.

❊ ❊ ❊

[باب في الحضانة]

ولما أنهي الكلام على النفقات شرع في الحضانة وهي حفظ الولد والقيام بمصالحه.

قال ابن عرفة: هي محصول قول الباجي: حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه فقال:

● ص:

باب.

● ش:

في الحضانة ـ بفتح الحاء وكسرها ـ مصدر حضن يقال: حضنه؛ أي ضمه لحضنه ـ بالكسر ـ أي جانبه.

● ص:

حضانة الذكر لمجرد البلوغ.

● ش:

يعني: أن حضانة الذكر المحقق ثابتة للأم من ولادته لمجرد بلوغه على المشهور، فإن بلغ ولو مجنونًا سقطت عن الأم واستمرت نفقته على الأب كما مر وعليه القيام بحقه ولا تسقط حضانتها عن المشكل ما دام مشكلًا فأتي «المص» بقوله: لمجرد البلوغ إشارة إلى أنه لا يشترط عقل ولا قدرة على الكسب على المشهور خلافًا لابن شعبان وابن الحاجب في اشتراط البلوغ هنا بالإنبات، ورده «بن» بأن ما هنا ليس من حقوق الله تعالى؛ أي بل هو حق لمخلوق فيعتبر فيه البلوغ ولو بنبات العانة.

● ص:

والأنثى لنفس الدخول للأم.

● ش:

يعني: أن حضانة الأنثى ثابتة للأم من ولادتها لنفس دخول الزوج بها لا للدعاء

له، فليست الحضانة كالنفقة تسقط عن الأب بالدعاء للدخول خلافًا لما في الأصل من أن حضانة الأنثى كالنفقة.

فعلم بذلك أن الخنثى ما دام مشكلًا لا يخرج عن الحضانة لا حتمال أنوثته ولا يمكن فيه دخول.

وقوله: للأم؛ خبر بعد خبر عن قوله: حضانة الذكر؛ يعني: أن حضانة الذكر مستمرة لمجرد البلوغ كائنة للأم وحضانة الأنثى مستمرة لنفس الدخول كائنة للأم، ولك أن تجعل الأول وهو لمجرد البلوغ وما عطف عليه ظرف لغوا أو حالًا على رأي سيبويه الذي بجواز مجيء الحال من المبتدأ.

واعلم أن الحضانة للأم إنما هي إذا طلقت أو مات زوجها فإن كان حيًّا وهي في عصمته فالحضانة حق لهما.

ثم بالغ على ثبوت الحضانة للأم فقال:

• **ص:**

ولو أمة تزوجت بحرٍ أو ولدت من سيدها.

• **ش:**

يعني: أن الأم تثبت لها الحضانة ولو أمة تزوجت بزوج حر فأولدها ثم تأيمت بموت أو طلاق وسواء أعتق السيد ولدها أو لا.

وأولى لو تزوجت برقيق فولدت منه فدفع بالمبالغة توهم أن الأمة لا تحضن ولد الحر إذا أعتقه سيده الحر فتحضن ولدها منه إذا أعتقها السيد ناجزًا أو مات عنها وأولى إذا أولدها سيدها الرقيق فتحض ولدها منه.

ومحل الحضانة لمن تزوجت ثم تأيمت إذا لم يتسر بها السيد فإن تسرى بها فلا حضانة لها، قال بعضهم: والمراد بالتسري الوطيء بالفعل لاتخاذها للوطئ.

والحاصل: أن الأمة المتزوجة إذا تأيمت بموت أو طلاق تثبت لها الحضانة إذا ولدت من زوج حر أو عبد عتق ولدها أو لا ما لم يتسر بها السيد بعد تأيمها.

وكذا لها الحضانة إذا أولدها السيد ثم أعتقها أو مات عنها سواء كان السيد حرًّا أو عبدًا.

● **ص:**

وللأب تعاهده فيختنه عنده.

● **ش:**

يعني: أن الأب أو غيره من الأولياء له تعهد المحضون والقيام بجميع أموره فيختنه عنده في داره ويرسله للأم ويؤدبه وينفق للمعلم للقرآن أو غيره ونحو ذلك.

● **ص:**

وزفت الأنثى من بيت أمها.

● **ش:**

يعني: أن الأم المحضونة تزف لزوجها من بيت أمها لا من بيت أبيها وكذا كل حاضنة غير الأم تزف البنت من بيتها كما قال «بن»، فإذا قال الأب: تزف من بيتي وقالت الحاضنة: لا بل تزف من بيتي، فالقول للحاضنة فتزف من بيتها وإن لم يرض الأب بذلك.

ولما كانت الحضانة مراتب وذكر منها الأم أشار للباقي وأتى بثم المفيدة للترتيب فقال:

● **ص:**

ثم الجدة لها ولو علت أو أدلت بذكر وقدمت المدلية بالإناث.

● **ش:**

يعني: أنها إذا لم توجد أم الطفل بأن ماتت أو قام بها مانع فإن المستحق للحضانة جدته لأمه ولو علت كأم إمها، وأم أم إمها، وكأبي أمه، وأم أم أبيها، فالجدة للأم تستحق الحضانة ولو علت ولو أدلت بذكر كما مثلنا، والتي تدلي بذكر هي الجدة الفائدة في الميراث؛ لأنها أدلت بذكر بين اثنين فليست فائدة هنا بل لها حق والجدة المدلية بالإناث مقدمة على الجدة المدلية بالذكور عند اجتماعهما مستويين في الدرجة كأم أم وأم أبي أم، فتقدم التي من جهة الأم؛ لأن جهة الإناث أشفق من جهة الذكور، ولذا أخرت جدته لأبيه عن جدة الأم فقوله: ثم الجدة لها؛ أي للأم خرج به جدة الطفل لأبيه فلا تدخل هنا؛ لأن رتبتها ستأتي فقوله: ولو علت

أو أدلت بذكر كل في جدته من جهة أمه الصاق بها من قبل أمها ومن قبل أبيها وجهة الإناث مقدمة فتقدم جدة الأم من جهة أمها على جدتها من جهة أبيها، وظاهر كلامه ولو كانت الجدة التي من جهة أمها أبعد، والذي يفيده كلام ابن عرفة أن جدتها من قبل أمها تقدم على جدتها من قبل أبيها ما لم تكن التي من جهة أمها أبعد وإلا قدمت التي من جهة أبيها.

وفي الحطاب بعد قول الأصل: جدة الأم: ظاهره سواء كانت جدتها لأمها أو لأبيها، وهو كذلك لكن أم أمها أحق من أم أبيها، فإن لم تكن واحدة منهما فأم أمها أو أم أم أبيها أو أم أبي أبيها أو أم أبي أمها، فإن اجتمع الأربع فأم أم الأم ثم أم أبي الأم وأم أم الأب بمنزلة واحدة ثم أم أبي الأب، وعلى هذا الترتيب أمهاتهن ما علون.

● ص:

ثم الخالة ثم خالة الأم ثم عمة الأم.

● ش:

يعني: أنه إذا لم يكن لمحضون جدة من قبل أمه أو كانت وسقطت حضانتها بتزويج أو غيره فإن الحضانة تنتقل لخالة الطفل أخت أمه شقيقة أو لأب أو لأم، وتقدم الخالة الشقيقة على التي للأم والتي للأم تقدم على التي للأب، فإن تكن للطفل خالة أو قام بها مانع من تزويج أو غيره فالحضانة لخالة الأم أي خالة أم الطفل وهي أخت جدته فإن لم توجد خالة الأم فعمة الأم أي عمة أم الطفل وهي عمة خالته.

● ص:

ثم الجدة للأب ثم الأب ثم الأخت.

● ش:

يعني: أنها إذا لم توجد عمة الأم أو أسقطت حقها من الحضانة أو قام بها مانع فالحضانة للجدة لأب أي الجدة من قبل الأب، فيشمل أم الأب وأم أمه في الجدة للأم.

وبعبارة: إذا لم توجد عمة الأم فالجدة للأب؛ أي جدة المحضون من جهة أبيه فتشمل جهة الذكور وجهة الإناث مقدمة على جهة الذكور.

قال في المقدمات: فإن انقطع قرابات الأم فالجدة للأب ثم أم جدة الأب ثم أم أبي الأب ثم أم أبيه، والقربى تقدم على البعدى والتي من جهة أم الأب تقدم على التي من جهة أم أبي الأب وجهة الإناث تقدم على جهة الذكور كما مر نظيره، وأم أبيه فإن توجد جدة من جهة الأب فالحضانة لأبي الطفل المحضون ثم بعد الأب الأخت؛ أي أخت المحضون شقيقة ثم لأم ثم لأب.

● ص:

ثم العمة للأب ثم الخالة له.

● ش:

يعني: أنه إذا لم يوجد للمحضون أخت فالحضانة للعمة من قبل الأب فتصدق بعمة الأب وبعمة المحضون والثانية مقدمة على الأولى فقوله: العمة للأب؛ أي سواء كانت أخت الأب أو أخت أبي الأب أو فوق ذلك، ثم بعد العمة للأب الخالة له؛ أي خالة أبي الطفل سواء كانت أخت أم الأب أو أخت أم أبيه وإن علت وخالة الأب حذفها الأصل كعمة الأم فكأنه احتبك فحذف من كل نظير ما أثبته في الآخر، فذكر خالة الأم وأسقط عمتها وذكر عمة الأب وأسقط خالته والعمة أو الخالة الشقيقة مقدمة على التي للأم وهي مقدمة على التي للأب.

● ص:

ثم بنت الأخ على الراجح ثم بنت الأخت.

● ش:

أي: أنها إذا لم توجد خالة للأب فالحضانة لبنت أخي المحضون شقيقًا أو لأم أو لأب على الراجح مما في الأصل، ثم بعد بنت الأخ بنت الأخت شقيقة أو لأم أو لأب، وقيل بالعكس، وهو أن بنت الأخت تقدم على بنت الأخ.

وقيل: الحضانة للأكفأ منهما؛ أي للأشد كفاية بالقيام بحال المحضون.

وهذان القولان خلاف الراجح، والكفاية القيام بحال المحضون كطعامه وشرابه

ومضجعه وتنظيف ثيابه.

وتقدم بنت بنت الأخ الشقيق ثم الذي للأم ثم الذي للأب، وكذا تقول في بنت الأخت.

● ص:

ثم الوصي ثم الأخ.

● ش:

أي: أنها إذا لم توجد بنت الأخت شقيقة أو لأم أو لأب فالحضانة للشخص الوصي ذكرًا أو أنثى، والمراد ما يشمل مقدم القاضي ووصي الوصي كهو والوصي له الحضانة في الذكور مطلقًا وفي الإناث الصغار وفي الكبار ذوات المحرم، فإن لم يكن ذوات محرم فهل له حق في حضانتهن أو لا؟

ابن عرفة: وينبغي أن يكون خلافًا في حال فإن ظهرت أمارة الشفقة فهو أحق وإلا فلا، فإن لم يكن وصي ولا أحد ممكن ذكر قبله أو كان وأسقط حقه من الحضانة للأخ شقيقًا أو لأم أو لأب، واعتمد بعضهم أنه لا حق للأخ للأب؛ لأن العادة تباغض أولاد العلات؛ أي الضرائر.

● ص:

ثم الجد، اللخمي: ولو لأم. والراجح قول ابن رشد: لا حق له كالخال.

● ش:

يعني: أن الحضانة بعد الأخ للجد.

قال اللخمي: يستحق الجد الحضانة ولو كان لأم له حنانًا وشفقة وتغلظ الدية عليه، وقد قدموا الأخ للأم على الأخ للأب والعم مع عصبتهما، ولكن الراجح قول ابن رشد وهو أن الجد للأم لا حق له في الحضانة كالخال فإنه لا حق له فيها، ويقدم الجد الأقرب فالأقرب.

وإنما ذكر «المص» كلام اللخمي مع جزمه برجحان ما بعده؛ لأن كلام اللخمي له حظ من النظر؛ لأن قرابة الأم لها عراقة في الحضانة، فلذا صرح بابن رشد ليعادل ذلك بجلالته كما يفيده «حش».

● ص:

ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابنه.

● ش:

أي: ثـم بعد الجد في الحضانة ابـن الأخ مطلقًا ثم بعد ابن الأخ العم ثم ابن العم قرب كل أو بعد والأقرب يقدم على الأبعد، وابن العم آخر عصبة النسب، وعلم مما تقرر أن الـجد متـوسط بين الأخ وابنـه كما قـال «عج» في نظـمه المتقـدم في باب النكاح ووسطه بباب حضانة لكن الذي يتوسط بينهما الجد دنية وأما أبوه فبين العم وابنه وجد الجد بين عم الأب وابنه

وهكذا تقدم الأصـل على فرعه والفـرع على أصل أصله فنقـول: الأخ يقدم على الجد دنية ثم الجد دنية يقـدم على ابن الأخ ثم ابن الأخ يقدم على العم والعم يقدم على أبي الجد وأبو الجد يقدم على ابن العم وابن العم يقدم على عم الأب وعم الأب يقدم على جد الجد وجد الجد يقدم على ابن عم الأب، وهكذا على الضابط المتقدم، والأخ وابنه والعم وابنه يقدم فيهم الشقيق ثم الذي للأم الذي للأب كما يأتي.

● ص:

ثم المولى الأعلى ثم الأسفل.

● ش:

أي: ثم بعد ابن العم المـولى الأعلى وهو المعتِق ـ بكسـر التاء ـ الذكر؛ أي الذى أعتق المحـضون أو أباه، وكـذا عصبة الـمعتق نسبًا ثم مواليـه، ولا حضانـة لمولاة النعمة إذ لا تعصيب فيها لذكر، واستظهر ابن عرفة تقديمها على الأجنبي.

ثم بـعد الـمولـى الأعلـى الأسفـل وهو الـمعتَق ـ بـفتح التـاء ـ بأن انـجر ولاؤه للمحضون أو أعتقه أحد عن المحضون.

مثال انجرار الـولاء للمحضون: أن يعتق والد المحضـون أو جده عتيقًا ثم يموت الأب أو الجد فـينجر ولاء العتـيق للمحضـون، وإذا كان المـولي الأعلى مـستحقًا للحضانة على طفل فمات الأعلى فإن عتيقه يقوم مقامه؛ لأن عتيقه مولى أسفل.

قال «خ»: وانظر هل لعصبة الأسفل نسبًا حضانة أم لا.

● ص:

وقدم في الجميع الشقيق ثم للأم.

● ش:

يعني: أن جميع المراتب التي يتصور فيها شقاقة وغيرها كالأخوة وبينهم والأعمام وبينهم يقدم فيها الشقيق ذكر أو أنثي على الذي للأم ثم بعده الذي للأم ثم بعده الذي للأب؛ لأن الشأن أن الذي من جهة الأم أشفق من الذي من جهة الأب، فعلم من تقديم الشقيق ثم الذي للأم أن الذي للأب لا مرتبة له إلا التأخير، فلذا لم يذكره «المص». قال «حش»: وظاهره كأصله أن الأخت للأب والأخ للأب لهما حضانة، وهو ظاهر المدونة، وقيل: لا حضانة لهما؛ لأن العادة تباغض أولاد العلات؛ أي الضرائر. اهـ. وتقدم أن بعضهم اعتمده، وقولنا: التي يتصور فيها شقاقة؛ احترازًا عما لا يتصور فيها ذلك كالأب والجد ونحو ذلك.

● ص:

والأشفق على الأصون واقترع المتساوون.

● ش:

عطف على نائب فاعل قدم؛ يعني: أنها إذا اتحدت الدرجة فيمن له الحضانة كمعتقين أو عمين أو عمتين أو خالتين وكان أحدهما أشفق على المحضون والثاني أصون منه للمحضون فإنه يقدم الأشفق على الأصون؛ لأن مدار أصل الحضانة على الشفقة فيحضنه الأشفق والولي يتعاهد المحضون فيحصل بتعاهد الصيانة.

قالوا: ويقدم الأسن على غيره؛ لأنه أقرب إلى الصبر والرفق من غيره، فإن حصل التساوي من كل وجه فالقرعة عند المشاحة كما قال: واقترع المتساوون؛ أي المتساوون في الدرجة والشفقة والصيانة والسن ونحو ذلك.

● ص:

وإن ساكن من انتقلت له الأول فلا حق له.

● ش:

من فاعل ساكن، والأول مفعوله؛ يعني: أن من انتقلت له الحضانة إذا ساكن

الأول وهو من انتقلت عنه فإنه يسقط حقه من الحضانة فإذا تزوجت الأم وانتقلت الحضانة إلى الجدة فسكنت الجدة مع الأم في بيت الزوج فإن الجدة تسقط حضانتها، وكذا كل حاضنة انتقلت لها الحضانة فلابد أن تنفرد بالسكنى عمن سقطت حضانتها وإلا سقط حقها في الحضانة.

ولما كانت الحضانة تفتقر إلى وفور الصبر على الأطفال في كثرة البكاء والتضجر من الهنات العارضة للصبيان وإلي مزيد الشفقة والرقة الباعثة على الرفق بالمحضون فلذا فرضت على النساء أصالة؛ لأن علو همة الرجال تمنعهم من الانسلاك في أطوار الصبيان ومن ملابسة الأقذار وتحمل الدنات وتكلف المشاق شرع في شروط الحاصن التي يتحصل بها ما ذكر بقوله:

● **ص:**

وشرط الحاضنة الكفاية وهو محمول عليها.

● **ش:**

الكفاية بكسر الكاف هي القدرة على صيانة المحضون وعلى جميع ما يحتاج إليه فلا حضانة لمن لا قدرة له على ذلك كمسنة، تضمن هذا الشرط العقل والأمانة بل وحرز المكان حيث خيف على النفس أو المال؛ يعني: أنه يشترط في الحاضن ذكرًا أو أنثي شروط:

الأول: القدرة على القيام بشأن المحضون فلا حضانة لعاجز عن ذلك كمسن أو مسنة أقعدهما السن عن القيام بشأن المحضون إلا أن يكون عندهما من يحضن، وكذا إلا حضانة لأعمى أو أصم أو أخرس أو مريض أو مقعد.

الثاني: العقل فلا حضانة لمجنون ولو كان يفيق في بعض الأحيان ولا لمن به طيش وعته واشترط بعضهم عدم القسوة فمن علم منه ذلك قدم عليه الأبعد.

الثالث: الأمانة في الدين ولو كان الحاضن أبًا أو أمًا، فرب أب شريد يذهب يشرب ويترك ابنته فيدخل عليها الرجال أو يدخل عليها حال سكره فيفرعها أو يفعل بها ما لا ينبغي فيستحقها منه الأبعد فلا حضانة لسكير أو من شهر بالزنا أو اللهو الحرام.

الرابع: حرز المكان حيث خيف على نفس المحضون أو ماله فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق أو بجوارهم بحيث يخاف على الذكر أو الأنثى منهم الفساد أو سرقة مال المحضون أو غصبه فتسقط حضانة ذي المكان المخوف ما لم ينتقل لمأمون وخيف الفساد في الذكر وإلا إنما هي عند الإطاقة فلا يشترط حرز المكان قبل الإطاقة بالنسبة لخوف الفساد بل يندب.

وتضمنت الكفاية شرط خامس وهو الرشد فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه مالًا يليقه به، والرشد هو حفظ المال والكفاية كالحماية والرعاية وزنًا ومعنًى.

وقوله: وهو محمول عليها؛ أي على الكفاية المتضمنة للشروط السابقة من أن الحاضن إذا نوزع في الكفاية المتضمنة لما سبق فإنه يحمل عليها حتى يثبت خلافها؛ لأنه أمين شرعًا لجعل الشارع الحضانة له حتى يثبت عليه خلاف ذلك وعكس الأصل في ذلك وهو ضعيف.

والحاصل: أن الحاضن إذا نوزع في شرط من شروط الحضانة فعلى منازعه إثبات ضده خلافًا للأصل في أن الحاضن عليه إثبات ما نوزع فيه.

• **ص:**

وعدم كجذام بيِّن ولو قام بالمحضون

• **ش:**

أدخل بالكاف البرص المضر والحكة والجرب الدامي ونحو ذلك من جميع العاهات التي يخشى حدوث مثلها عادة وهذا شرط سادس؛ يعني: أنه يشترط في الحاضن السلامة من الجزام البين ونحوه من كل ما يعدي عادة ولو قام الداء بالمحضون؛ لأنه بالانضمام والاجتماع قد يحصل زيادة على ما كان على سبيل جري العادة كما سبق في عيوب النكاح وفي الحقيقة عدوى فمن أعدى الأول كما في الحديث؛ يعني: أن انضمام الداء لمثله قد يحصل به زيادة على ما كان بحسب العادة فقط لا بحسب الحقيقة، والمراد بالبيِّن الفاحش المضر برؤيته أو رائحته فالحقيقي لا يسقط الحضانة.

● ص:

لا بلوغ.

● ش:

عطف على الكفاية؛ أي يشترط في الحاضن الكفاية لها البلوغ فلا يشترط، فللصبي الحضانة إذا كان عنده من يحضن ولو نفس حاضنة، وإنما الشرط في الحاضن رشد المال أي حفظه، ورشد المال يندرج في الكفاية السابقة.

قلنا: لم يذكر «المص» الرشد كما ذكره الأصل، هذا معنى قول «الش»: وإنما هو رشد المال وحفظه ويندرج في الكفاية السابقة.

وقوله: وإنما هو؛ أي الشرط المفهوم من السياق في الشروط.

وقوله: وحفظه؛ عطف تفسير أشار به إلى أن التنوين في قول الأصل، ورشد للنوعية أي أن المراد بالرشد نوع منه هو حفظ المال، وهذا استغنى عنه «المص» بالكفاية السابقة، وأما الرشد الذي لا يكون إلا بعد البلوغ فهو الرشد الكامل.

والحاصل: أن الحافظ للمال يحضن ولو غير بالغ إذا كان عنده من يحضن ولو حاضنة نفسه كما مر فيكون حاضنه حاضنًا لمحضونه معه.

● ص:

وحرية.

● ش:

في حيز النفي فهو عطف على بلوغ؛ يعني: أنه لا يشترط في الحاضن الحرية سواء كان ذكرًا أو أنثى.

وهنا بحث وهو أن «المص» ذكر فيما سبق أن الحضانة للأم ولو أمة فأفاد به أنه لا يشترط حرية الحاضن فذكر الحرية هنا محض تكرار فكان المناسب الاكتفاء عن ذلك بقوله السابق في الأم: ولو أمة، يجاب: بأنه لم يكتف بقوله في الأم: ولو أمة لئلا يتوهم أن عدم اشتراط الحرية في الأم خصوصية لها.

فإن قلت: لِمَ يحذف ما سبق في الأم ويكتفي بما هنا؟ يجاب: بأنه لم يحذفه لأن ما بعده وهو وصف المبالغ عليه وما عطف عليه لا يؤاخذ مما هنا على أن

السابق وقع في مركزه فلا يعترض عليه بما هنا؛ لأنه لا يعترض بالمتأخر على المتقدم. وهذا معنى قول «الش»: ولم أكتف بقولي في الأم: ولو أمة لئلا يتوهم أنه خصوصية لها، ولم أحذف ذلك لأن ما بعده لا يؤاخذ مما هنا على أنه وقع في مركزه. اهـ.

● ص:

وإسلام وضم الكافر إن خيف لمسلم.

● ش:

في حيز النفي أيضًا؛ أي أنه لا يشترط في الشخص الحاضن الإسلام سواء كان ذكرًا أو أنثى فالكافر له حق في الحضانة، فإن خيف على المحضون من حاضنة الكافر الفساد كأن تغذيه أمه بلحم خنزير أو خمر، فإن الكافر يضم لمسلم ليكون رقيبًا عليه ولا ينزع منه المحضون، فإذا كانت الحاضنة محبوسية وأسلم أبو الصغير واستمرت الحاضنة على الكفر فلا ينزع منها الولد وضمت لمسلم إن خيف منها على الولد وسواء كانت الحاضنة أم الولد أو جدته أو أخته أو خالته أو عمته أو غير ذلك فلا ينزع الولد من الجميع إذا أسلم أبوه وبقين على الكفر.

قال في المدونة: وللذمية إذا طلقت والمحبوسية يسلم زوجها وتأبى هي من الإسلام فيفرق بينهما من الحضانة ما للمسلمة إذا كانت في حرز وتؤمن أن تغذيهم بخمر أو خنزير وإن خيف أن تفعل معهم ذلك ضمت إلى ناس من المسلمين ولا ينتزعون منها إلا أن تبلغ الجارية وتكون عندها في غير حرز.

ولما ذكر الشروط العامة في الحاضن الذكر والأنثى شرع يذكر ما يختص بالذكر وما يختص بالأنثى وبدأ بما يختص بالذكر فقال:

● ص:

وشرط الذكر مصاحبة أنثى تحضن وكونه محرمًا للمطيقة.

● ش:

شرط مبتدأ ومصاحبة خبر وكونه عطف على الخبر؛ يعني: أن الحاضن الذكر يشترط في حقه شرطان زيادة على ما سبق:

الأول: أن يكون مصاحبًا لأنثى تحضن له الطفل بأن يكون عنده زوجة أو سرية أو عمة أو خالة أو أمة خدمة أو مستأجرة أو متبرعة بذلك؛ لأن الرجال لا صبر لهم على أحوال الأطفال كالنساء، فإن لم يكن عنده ذلك فلا حق له في الحضانة، وأفاد قوله مصاحبة أنثى أنه لابد من كونها معه في داره فإن لم تكن في داره كان كالعادم لأنثى تحضن فلا يستحق الحضانة.

الثاني: كونه محرمًا للمحضونة إذا كانت مطيقة ولو كانت المحرمية في زمن الحضانة كأن يتزوج بأم المحضونة في زمن إطاقتها وإلا فلا حضانة له في زمنها ولو كان مأمونًا ذا أهل عند مالك وأجازه أصبغ، أما الذكر والأنثى غير المطيقة فلا يشترط في حاضنها الذكر أن يكون محرمًا لهما ولا فرق في المحرم بين أن يكون محرم نسب أو رضاع أو صهر.

ثم أشار لشرط الأنثى الحاضنة الخاص بها فقال:

● **ص:**

والأنثى أن لا تدخل بمن لا ولاية له غير محرم.

● **ش:**

الأنثى عطف على الذكر؛ أي وشرط الأنثى الحاضنة أن لا تدخل بزوج لا ولاية له على الطفل ولاية حضانة أو ولاية مال وهو غير محرم للمحضون فإن دخل بها الزوج الذي لا ولاية له الغير المحرم سقطت حضانتها لاشتغالها بأمر الزوج عن الطفل، ولهذا اشترط الدخول إذ قبله لا يحصل اشتغال عن الولد فليس الدعاء للدخول كالدخول، وهذا الشرط في الأنثى التي تحضن لاستحقاقها الحضانة، وأما من تحضن للذكر فلا تسقط حضانتها بذلك إن كانت زوجة للذكر وإن كانت غير زوجة له وتزوجت طلب غيرها تحضن له، ووطء السيد للأمة الحاضنة كدخول الزوجة. قاله «دك».

وقال «خ»: وتسري الأمة كالدخول بالزوجة، ومفهوم قوله: بمن لا ولاية له؛ أنه لا يضر دخولها بالولي ولو على مال المحضون ولو غير محرم للمحضون فإذا دخلت الحاضنة بابن عمه فلا تسقط حضانتها.

وبعبارة: تبقى الحضانة إذا تزوجت الحاضنة بولي له حضانة وإن لم يكن محرمًا للمحضون بأن تكون له حضانة ولو بعد كابن العم تتزوجه حاضنة غير الأم والجدة ممن لا يصيره دخوله محرمًا والمحضون ذكر وليس له حاضنة أقرب إليه منها خالية عن زوج.

ومفهوم قوله: غير محرم؛ أنه لا يضر دخولها بالمحرم للمحضون ولو كان لا حضانة له كالخال فإذا تزوجت بخال المحضون فلا تسقط حضانتها وأولى لو كان المحرم له حضانة كأن تتزوج أمه بعمه.

وبعبارة: إذا تزوجت الحاضنة بشخص هو محرم للمحضون فإن حضانتها لا تسقط سواء كان هذا المحرم الذي تزوجت به ممن له حضانة كالعم والجد للأب أو كان ممن لا حضانة له كالخال والجد للأم.

وفهم من قوله: أن لا تدخل؛ أنه لا يضر العقد من غير دخول ولا الدعاء له كما لا يضر الدخول بمن له ولاية ولو على مال المحضون لا يحمي للمحضون ولو لا حضانة له كالخال ومن وافقه على زوج، وغير حال من لا أي حال كون من لا ولاية له غير محرم.

● ص:

ألا أن لا يقبل الولد أو مرضعته غيرها.

● ش:

هذا استثناء من مفهوم قوله: أن لا تدخل بمن لا ولاية له غير محرم؛ يعني: أن الحاضنة إذا تزوجت بزوج غير ولي وغير محرم للمحضون تسقط حضانتها إلا أن لا يقبل الولد غير الحاضنة أو لا تقبل مرضعته غير الحاضنة فإنها لا تسقط حضانة الحاضنة بدخولها بمن ذكر، فالضمير في غيرها للحاضنة.

وحاصل المعنى: أن الأم أو غيرها ممن له الحضانة إذا تزوجت بأجنبي دخل بها فانتقلت الحضانة لغيرها والمحضون رضيع ولم يقبل غير الحاضنة أو قبل غيرها وأبت المرضعة أن ترضع عند من انتقلت إليها الحضانة بل قالت: لا أرضعه إلا في بيتي أو في بيت أمه مثلًا فلا تسقط حضانة الأم التي دخل بها الزوج الأجنبي، فإن

قبل الولد ومرضعته غير الحاضنة سقطت حضانتها.

● ص:

أو يعلم من بعدها ويسكت العام.

● ش:

عطف على المستثنى؛ يعني: أن الحاضنة إذا دخل بها الزوج فإنها تسقط حضانتها إلا أن يعلم من بعدها في الحضانة بتزويجها ودخولها مع علمه بأنه مسقط ويسكت بعد ذلك العام من يوم العلم بلا عذر فلا تسقط حضانة الحاضنة المتزوجة، فإن لم يعلم بالدخول أو علم وجهل الحكم أو سكت دون علم أو سكت العام لعذر انتقلت له الحضانة وسقط حق المدخول بها ما لم تتأيم قبل قيامه عليها كما أشار لذلك بقوله:

● ص:

كان تأيمت قبل قيامه.

● ش:

تشبيه في عدم سقوط الحضانة عن الحاضنة المفهوم من الاستثناء؛ يعني: أن الحاضنة إذا دخل بها الزوج ثم تأيمت بموت أو طلاق قبل قيام من انتقلت له الحضانة عليها فإنها لا تسقط حضانتها.

● ص:

وهل ولو وصية أو تفردهم بمسكن.

● ش:

تقدم أن الأنثى من الحاضنات يسقط حقها بالدخول بزوج أجنبي وهذا في غير الأنثى الوصية على الأطفال بلا تردد، أما إذا كانت وصية عليهم فهل يسقط حقها بالدخول وينتزعون منها أو لا يسقط حقها وتفردهم عن الزوج بمسكن؟ روايتان عن مالك.

فمرة قال: يبقون عندها إن جعلت لهم بيتًا يسكنون فيه ولحافًا وطعامًا وما يصلحهم إلا أن يخشى عليهم، زاد في رواية محمد: ولو قال في إيصائه: إن تزوجت

فأنزعوهم؛ لأنه لم يقل فلا وصية لها.

ومـرة قال: ينتـزعون منهـا؛ لأن المرأة إذا تـزوجت غلبت علـى جل أمرهـا حتى تفعل ما ليس بصواب. اهـ.

وهل الوصية في مرتبة الأب فهي بعد الخالة ونحوها أو في مرتبة الأم فتقدم على الجدة؟ خلاف.

تنبيهان:

الأول: إذا تزوجت الحاضنة بالوصي عليهم وجعلتهم في بيت بنفقتهم وخادمهم لم ينتزعوا منها. قاله ابن القاسم.

الثاني: إذا تـزوجت الأم ودخل بها الزوج ولم يـوجد للولد حـاضن غيرها أو كان ولكن قام به مانع من الحـضانة ككونه غير مأمون أوعـاجزًا أو غائبًا أو عبدًا فإن الأم لا تسقط حضانتها فإذا كان أبوه عبدًا لم تنتقل الحضانة له عن أمه. ذكره الأصل ولم يذكره «المص» استغناءً عنه بالشروط السابقة.

● **ص:**

وللولي أخذه إن سافر نقلة وحلف عليها.

● **ش:**

هـذا إشارة لشرط من شروط الحضانة وهو عـدم سفر الولي والحاضنة، فإذا سافر أحدهما سقطـت الحضانة لكن بقيـود ستأتي، وحق هذا الـشرط أن يقدمه «المص» على قوله: وشرط الذكر... إلخ؛ لأن ذلك من الشـروط العامة وإنما آخره لما فيه من التفصيل، ولأنه لم يـسقه مساق الـشروط العامـة وإنما آخـره لما فـيه من التفصيل، ولأنه لم يسقه مساق الشرط كما فعل الأصل.

والمراد بـالولي من له ولايـة على الطفل أعـم من ولي المال وهـو الأب والوصي والـحاكم ونـائبه ولـي المغصـوبة بنـسب أو بنيه كـالعم وابـنه والمعتق وعـصبته، فالمحضون أعم من أن يكون ولدًا للحاضن خلافًا لما يوهمه الأصل.

يعني: أن ولـي المحضون كالأب والأخ والعم ونحـوهم إذا أراد سفر نقلة، فإن له أخذ المحضـون من الحاضن ويـسقط حقه من الحضـانة فللعم مـثلًا إذا أراد السفر

المذكور أن يأخذ المحضون من الأم ولو كان رضيعًا ويقال لها: اتبعي ولدك إن شئت لكن لا يأخذ الولي المحضون بسبب السفر إلا بشروط:

الأول: أن يكون الولي حرًّا، فإذا كان الولي عبدًا فلا يأخذه بل يبقى عند أمه؛ لأن العبد لا قرار له ولا مسكن.

الثاني: أن يكون المحضون حرًّا أيضًا فإذا كان عبدًا فلا يأخذه وليه إذا سافر؛ لأن العبد تحت نظر سيده سفرًا أو حضرًا.

الثالث: أن يكون السفر سفر نقلة وانقطاع من بلد إلى بلد آخر، وأما إذا سافر لتجارة أو زيادة ونيته العود فلا يأخذه من حاضنه.

الرابع: أن يحلف عليها؛ أي على النقلة إذا نوزع في عدمها كما أشار لذلك بقوله: وحلف عليها وكذا إذا سافرت هي فتحلف أنها لا تزيد النقلة لتأخذه معها.

والحاصل: أن من أراد السفر من الولي والحاضنة يحلف، فالولي يحلف أنه أراد النقلة لينزعه منها، والحاضنة تحلف أنها أرادت سفر التجارة ونحوها ليبقى الولد بيدها.

الرابع: أن يكون سفر الولي وكذا الحاضنة ستة برد فأكثر لا أقل من ذلك، وقول الأصل وظاهرها بريدين؛ ضعيفًا.

وقد أشار إلى هذا الشرط بقوله:

● ص:

ستة برد.

● ش:

هذا ظرف لسافر وهذا شامل لسفر الولي والحاضنة أخذًا مما يأتي.

يعني: أن شرط سفر كل من الولي والحاضنة أن يكون ستة برد فأكثر؛ أي أن سفر الولي الذي يأخذ المحضون فيه وسفر الحاضنة الذي يسقط حضانتها ويوجب نزعه منها شرطه أن يكون ستة برد فأكثر، فمتى سافر الولي أو الحاضنة ستة برد أخذه وليه، فإن سافر الولي أو الحاضن أقل من ذلك فلا تسقط الحضانة ولو سفر نقلة، ويبقى الولد مع حاضنته فلا يأخذه منها إذا سافر ولا تمنع هي من السفر به.

الخامس: إلا من في الطريق برًا أو بحرًا، وفي المكان المنتقل إليه.
وإلى هذا أشار بقوله:

● ص:

في أمن.

● ش:

متعلق بسافر؛ يعني: أنه يشترط أن يسافر في أمن في المسافة وفي المكان المنتقل إليه بأن لا يخاف فيها على النفس والمال والحريم، وسواء كان في الطريق بحر أو لا، إلا أن يغلب عطب البحر كما في سفر الحج، فإن لم تؤمن الطريق أو الموضع المنتقل إليه لم ينزعه الولي من الحضانة إذا سافر وينزع من الحاضنة إذا سافرت سفرًا لا يسقط وهو ما كان أقل من ستة برد.

● ص:

وإن رضيعًا قبل غير أمه.

● ش:

هذا مبالغة في قوله: وللولي أخذه أن سافر.

يعني: أن الولي إذا سافر سفرًا بشروطه المتقدمة فإنه يأخذ المحضون إن فطم واستغنى عن اللبن بل ولو كان رضيعًا إذا قبل غير أمه، فإن لم يقبل غير أمه فلا يأخذه الولي، ومثل الأم غيرها ممن له الحضانة كما في «خ»، وجملة: قبل غير أمه؛ صفة لرضيع.

● ص:

ولها السفر معه.

● ش:

ضمير لها يعود على الحاضنة، وضمير معه يعود على الطفل أو الولي.

يعني: أن الولي إذا سافر سفر نقلة وأراد أخذ الطفل من حاضنته وأرادت الحاضنة أن تسافر مع المحضون فإنها تمكن من ذلك ولا تمنع من السفر معه؛ لأنها والحالة هذه لم تسقط حضانتها.

● ص:

وسفرها كذلك مسقط.

● ش:

قوله: كذلك حال من سفرها؛ أي حال كون سفرها كسفر الولي في كونه سفر نقلة ستة برود، ومسقط خبر عن قوله: وسفرها.

يعني: أن الحاضنة إذا سافرت سفر نقلة ستة برد فأكثر فإن سفرها يسقط حضانتها فلا تأخذه معها، أما إذا سافرت لتجارة ونحوها أو سافرت أقل من ستة برد فلا تسقط حضانتها، فإذا ادعى عليها الولي أن سفرها نقلة وخالفته في ذلك فإنها تحلف أن سفرها ليس نقلة ولا ينزع منها.

● ص:

ولا تعود بعد الإسقاط أو الطلاق أو فسخ ما يدرأ الحد.

● ش:

ذكر «المص» ثلاثة أمور لا تعود بعدها الحضانة للحاضنة.

الأول: الإسقاط للغير بعوض أو لا، فإذا أسقطت الحاضنة حضانتها لغير عذر ثم أرادت أخذ المحضون بعد ذلك فليس لها أخذه؛ لأن الحضانة حق للحاضن بعد ذلك فليس لها أخذه؛ لأن الحضانة حق للحاضن على المشهور، وقيل: حق للمحضون فلها الرجوع فيها، ولا فرق فيما ذكره «المص» بين الأم وغيرها، فإذا أسقطت الأم حقها فلا تعود لها، وإذا أسقط من له الحضانة حقه لغيره فإن حقه ينتقل لمن يلي مرتبته ولا يكون الحق لمن أسقط له على ما به العمل كما قال العدوي.

الثاني: الطلاق أو الموت والحال أنها قد سقطت حضانتها بالدخول، فإذا تزوجت ودخل بها الزوج وسقطت حضانتها بالدخول وقام عليها المستحق للحضانة بعدها وانتقلت له ثم طلقت أو مات زوجها فإن الحضانة لا تعود لها، ففي الحقيقة المسقط لحضانتها قيام المستحق بعد الدخول وقبل الطلاق أو الموت، أما إذا تأيمت بطلاق أو موت قبل قيام المستحق فلا تسقط حضانتها كما تقدم في قوله: كأن تأيمت قبل قيامه.

وبعبارة: إذا أسقطت حضانة الأم أو غيرها بدخول الزوج وانتقل الحق لمن بعدها فإن الحضانة لا تعود لها بل الحق باق لمن انتقلت له، فإذا أراد من انتقلت له الحضانة رد المحضون فإن كان للأم فلا مقابل للأب في ذلك؛ لأنه نقل لما هو أفضل، وإن كان لأخته فللأب المنع من ذلك، ثم إن قوله: لا تعود أي جبرًا على من انتقلت له بتزويجها، أما إذا رضي من انتقلت له فإنها تعود لها، ويقيد قوله: ولا تعود في مسألة الطلاق والفسخ بما إذا لم يمت من بعدها أو يتزوج وإلا عادت الحضانة، فكل من انتقلت منه الحضانة كالأم إذا مات من بعده كالجدة أو تزوج تعود له الحضانة بموت من بعده أو تزويجه إذا كان خاليًا عن زوج.

والحاصل: أن الحضانة إذا انتقلت لشخص لمانع ثم زال المانع وقد مات أو تزوج المنتقل إليه فإنها تعود للأول.

الثالث: فسخ نكاح فاسد يدرأ الحد ولو متفقًا على فساده كخامسة جهلًا فإذا تزوجت الحاضنة ودخل بها الزوج وانتقلت الحضانة لمن بعدها ثم ظهر أن نكاحها فاسد يدرأ الحد ولو متفقًا على فساده كمحرم نسب أو صهر أو رضاع جهلًا ففسخ فإن الحضانة لا تعود لها بعد الفسخ كما لا تعود لها بعد طلاقها؛ لأن فسخ نكاحها الفاسد كطلاقها من الصحيح.

واحترز بقوله: يدرأ الحد؛ عما إذا كان الفاسد لا يدرأ الحد فإنه كالعدم فلا يسقط حضانتها أصلًا، فلا يقال: تعود أو لا تعود، والطلاق وفسخ ما يدرأ الحد معطوفان على الإسقاط فيتسلط عليهما بعد؛ أي لا تعود الحضانة بعد واحد من هذه الثلاثة بل تعود بعد زوال المرَض والعجز والسفر ونحو ذلك من كل عذر لا يقدر معه على القيام بحال المحضون كعدم لبن أو حج فرض، فإذا زال العذر عادت الحضانة بزوله كما أشار له بقوله:

● **ص:**

بل بعد زوال نحو المرض.

● **ش:**

يعني: أن الحضانة لا تعود بعد الإسقاط وما بعده، بل تعود لمن انتقلت عنه

بزوال المرض ونحوه كالعجز والسفر منها أو من وليه.

وبعبارة: إذا سقط حق الحاضنة لعذر كمرض لا تقدر معه على القيام بالمحضون أو عدم لبن أو حج الفرض أو سفر زوجها بها أو سفر الولي بالمحضون سفر نقلة فإن لها أخذه ممن هو بيده بعد زوال هذه الأعذار بأن صحت أو رجعت من سفرها أو رجع لبنها أو رجع الولي من سفر النقلة إذا كان أخذها له بالقرب بعد زوال هذه الأعذار فإذا تركته سنة ونحوها بعد زوال العذر فليس لها أخذه إلا بعد موت من هو بيده وانتقال الولد لغيره، وكذا لا تأخذه إذا ألف الولد من هو عندها وشقت نقلته، كما قال اللخمي.

● ص:

للحاضنة قبض نفقته.

● ش:

يعني: أن الحاضنة أمًّا أو غيرها لها أن تقبض نفقة المحضون وكسوته وغطائه ووطائه وجميع ما يحتاج له الطفل من أبيه وليس لأبي المحضون أن يقول لها: ابعثيه ليأكل عندي ثم يعود لك للمشقة للحاضنة وللضرر بالطفل والإخلال بصيانته، وليس لها موافقة الأب على ذلك لضرر الطفل إذ أكله غير منضبط في وقت معلوم بل أكله متفرق في أوقات النهار فيجب عليها قبض نفقته من وليه، فاللام بمعنى على أو للاختصاص.

ثم إن قبض النفقة بقدر الاجتهاد من الحاكم على الأب بالنظر لحاله من يوم أو جمعة أو شهر ومن أعيان وأثمان، ولحال الحاضنة من قرب المسكن من الأب وبعده عنه، ومن خوف طريق وأمنه، فالشهر في المكان البعيد المخوف، والجمعة للمتوسط، واليوم للمكان القريب المأمون في المسافة، وينظر للأمن والخوف في مكان الحاضنة كما يفيده «دك» فالمخوف تأخذ فيه القليل والمأمون تأخذ فيه الكثير، وإذا قبضت الحاضنة نفقة الولد ثم ادعت تلفها لو ضياعها فإنها تضمن الماضية مطلقًا كالمستقبلة إلا لبينة على التلف أو الضياع بلا تعد ولا تفريط فلا تضمن كما سبق.

● **ص:**

والسكنى.

● **ش:**

عطف على قبض؛ أي وللحاضنة أيضًا السكنى بنظر الحاكم واجتهاده فيما يخصها وما يخص الطفل، فعلى الحاضنة ما يخص نفسها من أجره المسكن وعلى أبي الطفل ما يخصه بالاجتهاد فيها؛ أي فيما يخص الطفل وما يخص الحاضنة، فالحاكم له أن يجعل نصف الأجرة مثلًا على الحاضنة من مالها ونصفها على المحضون من ماله أو مال أبيه عند عدم ماله أو يجعل ثلثها مثلًا على المحضون وثلثيها على الحاضنة أو عكسه بحسب ما أداه إليه اجتهاده وهذا مذهب لسحنون، وقيل: توزع على الرءوس فقد يكون المحضون متعددًا، وكلاهما ضعيف.

ومذهب المدونة الذي به الفتوى أنها على الأب للمحضون والحاضنة معًا ولا اجتهاد فيه، وحملنا كلامه على مذهب سحنون ولم نحمله على مذهب المدونة المفتى به لقول «الش»: فهي أي السكنى للحاضنة بنظر الحاكم فيهما؛ أي فيما يخص الطفل والحاضنة، وهذا الكلام موافق لمذهب سحنون، ويحتمل أن قوله بنظر الحاكم فيهما؛ أي في قبض النفقة وفي السكنى فيكون قبض النفقة باجتهاد الحاكم كما مر، والسكنى أيضًا باجتهاده، وعلى هذا الاحتمال فهو موافق أيضًا لمذهب سحنون.

وقولنا: أن مذهب المدونة أنها على الأب للمحضون والحاضنة معًا هو ما في «دك»، ويفيده «خ» أيضًا، وقيل: إن مذهبها أنه ليس على الأب من السكنى إلا ما يخص الولد.

وبعبارة: مذهب المدونة أن السكنى على الأب، وقال سحنون: إن السكنى على حسب الاجتهاد، وقال يحيى بن عمر: السكنى على قدر الجماجم، وفهم صاحب التوضيح أن كلام سحنون مفسر للمدونة لا مقابل لها، ونقل المواق ما يفيد ذلك، ورجح بعضهم ما فهمه صاحب التوضيح وغيره من أن كلام سحنون تفسير للمدونة، قال الإمام العدوي: وهو صواب، وظاهر «الش» أنه مال لما صوبه شيخه من كلام

التوضيح فسلك طريقه كما هو عادته في اتباع الشيخ.

● **ص:**

ولا أجرة للحاضنة على الحاضن.

● **ش:**

يعني: أنه لا أجرة للحاضنة على الحاضن، وأما على الخدمة فلها كما في «حش»، وكذا لو كانت الأم فقيرة فلها النفقة من مال ولدها المحضون من حيث الفقر والفاقة لا من حيث الحضانة.

وبعبارة: ليس للحاضنة أجرة في نظير الحضانة، وليس لها أن تنفق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها، وهو قول مالك الذي رجع إليه وأخذ به ابن القاسم بعد أن كان يقول: ينفق عليها من مال الغلام، نعم إن كانت الأم معسرة فلها النفقة على نفسها من ماله لعسرها لا للحضانة.

والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب، وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا.

تم شرح هذا الجزء الثاني من الكتاب بحمد الله تعالى وعونه يوم الخميس المبارك من شهر شوال من سنة ١٢٩٤ من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام، على يد جامعه الفقير إلى مولاه العلي عبد الحافظ بن علي المالكي الخلوتي، غفر الله له ولوالديه ولمشايخه وإخوانه وجميع المسلمين، آمين يا رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

* * *

انتهى بعون الله وفضله الجزء السادس

ويليه إن شاء الله تعالى الجزء السابع، وأوله: «باب في البيوع»

* * *

فهرس موضوعات الجزء السادس

الموضوع	الصفحة
وصل في الكلام على أركان الطلاق وشروطه	٥
وصل في حكم النيابة في الطلاق	١٢٠
وصل في الرجعة	١٤٢
باب في الإيلاء	١٦٩
باب في الظهار	١٩٦
باب في اللعان وما يتعلق به	٢٤٦
باب في العدة	٢٧٠
وصل في المفقود وما يتعلق به	٢٩٩
وصل في الاستبراء	٣٢٤
وصل في طروّ العدة أو الاستبراء	٣٤٣
باب في الرضاع	٣٥٢
باب في النفقة	٣٧٠
وصل في نفقة الحيوان والرقيق والولد	٤٠٥
باب في الحضانة	٤١٧

❊ ❊ ❊